

Vilkår for lovlig GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 701
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17 550 ord

23.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og aktualitet	1
1.2	Problemstilling	3
1.3	Rettskildebilde	4
1.4	Avgrensning	5
<u>2</u>	<u>RETTLIG UTGANGSPUNKTER</u>	<u>7</u>
2.1	Arbeidsgivers styringsrett	7
2.2	Arbeidsmiljøloven	8
2.3	Personvernretten	10
2.4	Folkerettslige forpliktelser	12
<u>3</u>	<u>VILKÅR FOR Å IVERKSETTE GPS-OVERVÅKNING RETTET MOT</u>	
	<u>ARBEIDSTAKERE</u>	<u>15</u>
3.1	Bakgrunnen til vilkårene i aml. § 9-1	15
3.1.1	GPS-overvåkning som kontrolltiltak	16
3.2	Saklighetsvilkåret	16
3.2.1	Saklighetsvurderingen	18
3.3	Forholdsmessighetsvilkåret	22
3.3.1	Forholdsmessighetsvurderingen	23
3.4	GPS-overvåkningen karakter	27

3.5	Oppsummering	30
<u>4</u>	<u>PERSONOPPLYSNINGSLOVEN</u>	<u>32</u>
4.1	Vilkår for å behandle personopplysninger	33
4.1.1	Behandlingsgrunnlaget ”samtykke”	33
4.1.2	Behandlingsgrunnlaget ”fastsatt i lov”	34
4.1.3	Behandlingsgrunnlaget ”nødvendig”	35
4.2	Grunnkrav til behandling av personopplysninger	38
4.2.1	Pol. § 11 første ledd bokstav b - formål	39
4.2.2	Pol. § 11 første ledd bokstav c – uforenlig formål	40
4.2.3	Bruk av innsamlede GPS-data til nye formål	42
4.3	Forholdet mellom interesseavveiningen etter aml. og pol.	45
4.4	Oppsummering	51
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>53</u>
5.1	Synspunkter på gjeldende rett	53
5.1.1	Ivaretar dagens regelverk i tilstrekkelig grad arbeidstakers og arbeidsgivers interesser ved implementering av kontrolltiltak?	53
5.1.2	Er arbeidstakers personvern godt nok ivaretatt?	54
5.2	Forslag til tiltak som kan bedre partenes interesser og behov	57
5.2.1	Samle bestemmelsene i én lov	57
5.2.2	Større konsekvenser for arbeidsgiver ved å bryte bestemmelsene	59
5.2.3	Bygge personvernet inn i teknologien	60
5.3	Oppsummering og konklusjon	60
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Tema for denne avhandlingen er vilkår for lovlig GPS-overvåkning¹ rettet mot arbeidstakere. Vilkårene for å kunne iverksette GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere reguleres i arbeidsmiljøloven² § 9-1. Bestemmelsen angir de materielle vilkårene for lovlig kontrolltiltak, som er vilkårene om saklighet og forholdsmessighet. Hvorvidt personopplysninger som utledes av kontrolltiltaket kan behandles reguleres av personopplysningsloven.³ Pol. kapittel II omhandler de alminnelige regler for behandling av personopplysninger.

Ifølge en rapport fra Fafo fra 2010 fremgår det at arbeidslivet er et av de samfunnsområdene hvor nivået og omfanget av kontroll og overvåkning har økt betydelig de senere årene.⁴ I spørreundersøkelsen som Fafo-rapporten bygger på, opplyste 64 prosent av de som svarte at de har en jobb hvor minst ett av de nærmere angitte kontroll- og overvåkningstiltakene er tatt i bruk, og undersøkelsen viser at omfanget og utbredelsen av

¹ GPS står for Global Positioning System, og er et satellittbasert posisjoneringssystem som gir nøyaktig geografiske posisjoner til folk i hele verden, ntnu.no/bat/gm/gps.

² Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). Heretter forkortet til aml.

³ Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven). Heretter forkortet til pol.

⁴ Fafo er en forskningsstiftelse som blant annet arbeider med problemstillinger innenfor arbeidslivet. Rapporten drøfter arbeidstakeres holdninger til kontroll og overvåkning i arbeidslivet, hvor utbredt forskjellige kontrolltiltak er i norsk arbeidsliv, hvilke konsekvenser dette har for arbeidsmiljøet, hvor formalisert bruken av kontrolltiltak er, og hvilken tillitt arbeidstakerne har til gjeldende regler for kontroll og overvåkning i arbeidslivet. Se Fafo-rapport, 2010 s. 13. Fafo-rapporten bygger på et webbasert spørreskjema som ble sendt til 6022 arbeidstakere. Se Fafo-rapport, 2010 s. 5 og s. 19.

overvåknings- og kontrolltiltak i det norske arbeidsliv er vanlig.⁵ Resultatet fra Fafo-undersøkelsen og nylige avgjørelser fra rettspraksis og forvaltningspraksis viser at en GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere er et aktuelt tema. En sentral sak i forhold til avhandlingens tema er en sak som har blitt behandlet av Datatilsynet⁶ og Personvernemnda⁷ parallelt med at den har versert i rettssystemet.

Saken gjaldt en renovasjonsbilsjåfør som ble oppsagt av arbeidsgiveren (Avfallsservice AS). Oppsigelsesgrunnen var at sjåføren flere ganger hadde tatt uforholdsmessig lange pauser i arbeidstiden. Dette medførte at han ikke ble ferdig med sin rute for tømming av avfall innenfor fastsatt arbeidstid, og at han ved disse anledningene uberettiget hadde krevd overtidsbetaling. Et sentralt grunnlag i oppsigelsessaken var utskrift av GPS-loggen sammenholdt med timelistene til sjåføren.⁸ For domstolene dreide saken seg om Avfallsservice AS' bruk av GPS-data, og hvorvidt utskrift av GPS-logg kunne avskjæres som bevis som følge av at beviset var ulovlig ervervet. For Datatilsynet og Personvernemnda dreide saken seg om sammenstillingen av personopplysningene fra GPS-systemet med arbeidstakerens timelister var uforenlig med det opprinnelige formålet. Høyesteretts ankeutvalg⁹ kom den 19.5.2011 enstemmig til at det var klart at anken over lagmannsrettens kjennelse¹⁰ ikke kunne føre frem.¹¹ Selv om saken ble brakt inn til Høyesterett som et spørsmål om bevisavskjæring, har Høyesterett ved å forkaste anken

⁵ Se Fafo-rapport, 2010 s. 36 og 40.

⁶ Datatilsynet er et frittstående og uavhengig forvaltningsorgan som etter pol. § 42 blant annet skal kontrollere at lover og forskrifter som gjelder behandling av personopplysninger blir fulgt og at feil og mangler blir rettet, jf. pol. § 42 tredje ledd nummer 3. Datatilsynet fattet vedtak i saken den 6.1.2011.

⁷ Personvernemnda behandler klager over Datatilsynets avgjørelser, jf. pol. § 42. Personvernemnda stadfestet Datatilsynets vedtak den 19.8.2011, PVN-2011-04.

⁸ RG-2011-321 s. 1.

⁹ Høyesteretts ankeutvalg kan bare prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning, jf. tvisteloven § 30-6, se HR-2011-01019-U.

¹⁰ RG-2011-321.

¹¹ HR-2011-01019-U.

vært enig i saksbehandlingen og lovtolkningen til lagmannsretten. Høyesterett har dermed satt standarden for hvor krenkende et slikt kontrolltiltak skal anses å være.

Ved siden av den oppmerksomhet GPS-overvåkning har fått som følge av Avfallsservicesaken, viser temaets aktualitet seg ved at det opplyses på Datatilsynets hjemmeside at tilsynet de siste årene har fått mange henvendelser fra virksomheter og ansatte med spørsmål om bruk av sporingsteknologi i virksomhetens kjøretøy.¹² Det kan neppe trekkes en endelig konklusjon på hva som anses som lovlig GPS-overvåkning. Årsaken til dette er at GPS-teknologien stadig utvikles. Og fordi det skal foretas skjønsmessige vurderinger i hvert enkelt tilfelle, vil løsningen kunne bli forskjellig fra sak til sak. Spørsmålet om hvorledes virksomhetens kontrollbehov skal avveies mot hensynet til arbeidstakers personvern er derfor en grunnleggende og påtrengende problemstilling som også i fremtiden vil kunne skape utfordringer for arbeidsgiver i forhold til hvilke kontrolltiltak som er lovlig.

1.2 Problemstilling

Denne avhandlingen skal redegjøre for vilkårene for lovlig GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere. I tillegg til å redegjøre for vilkårene for å iverksette GPS-overvåkning, skal det redegjøres for vilkårene for å behandle personopplysninger som utledes av kontrolltiltaket. Med GPS-overvåkning, menes her alle tilfeller hvor arbeidsgiver kan lokalisere arbeidstaker ved hjelp av et GPS-system, uavhengig av formål eller teknologisk utforming. Den teknologiske utviklingen medfører at GPS-systemer stadig utvikles og forbedres, og det interessante i denne sammenhengen er derfor overvåkningspotensialet som ligger i GPS-systemene, ved at arbeidsgiver kan kontrollere hvor arbeidstaker har vært, hvor arbeidstaker befinner seg i nåtid, samt den øvrige informasjon systemet genererer. GPS-overvåkning vil bli tillagt en vid forståelse.

Bestemmelsene i aml. § 9-1 om adgangen til å iverksette kontrolltiltak er utformet i et spenningsfelt mellom hensynet til arbeidstakernes rettigheter og personvern og

¹² Datatilsynets.no (GPS og sporing i yrkesbiler).

arbeidsgivers behov for å iverksette ulike kontrolltiltak. Bestemmelsene gir anvisning på avveininger mellom disse hensynene. Også bestemmelsene i pol. for å behandle personopplysninger gir til en viss grad anvisning på slike avveininger. Ved drøftelsen av vilkårene vil en sentral del være å redegjøre for momentene som er relevante i interesseavveiningene. Problemstillingen for denne avhandlingen er å finne ut hva som konkret må til for at GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere skal anses lovlig, og hva som kreves for at arbeidsgiver skal kunne behandle opplysninger som utledes av kontrolltiltaket, herunder i hvilken grad arbeidsgiver kan benytte allerede innsamlede GPS-data til nye formål.

Problemstillingen er: ”Når er arbeidsgivers GPS-overvåkning av egne ansatte saklig, forholdsmessig og i samsvar med personopplysningslovens regler?”

1.3 Rettskildebilde

Avhandlingen bygger på alminnelig norsk rettskildelære hvor problemstillingen vil besvares på bakgrunn av de ulike relevante rettskildefaktorene.

Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 10.03.2011 (Avfallsservice)¹³ er en relevant rettskilde i forhold til avhandlingens problemstilling. Selv om lagmannsrettens avgjørelse har langt fra så stor autoritet som Høyesteretts,¹⁴ bør likevel lagmannsrettens kjennelse her tillegges vekt. Grunnen til det er at Høyesteretts ankeutvalg¹⁵ forkastet anken over kjennelsen, og med det støttet lagmannsrettens kjennelse. Den rettskildemessige vekten av disse kjennelsene synes likevel å være noe begrenset ettersom Høyesteretts ankeutvalg har begrenset overprøvingskompetanse.¹⁶ Ved siden av disse kjennelsene vil også tolkning av ordlyden i de aktuelle bestemmelser, forarbeider, juridisk teori og reelle hensyn være relevante rettskilder. Videre vil vedtak fra Datatilsynet og avgjørelser fra

¹³ RG-2011-321.

¹⁴ Eckhoff (2001) s. 162.

¹⁵ HR-2011-01019-U.

¹⁶ Se fotnote 9.

Personvernmemnda være relevante kilder. Rettskildeverdien av slike vedtak og avgjørelser vil hovedsaklig komme an på argumentet i seg selv og om disse vedtakene og avgjørelsene blir fulgt og kan danne grunnlag for en fast praksis. I forarbeidene til pol. uttales det at ”På sikt vil tilsynets praksis utfylle de skjønsmessige bestemmelsene og lette anvendelsen av dem”.¹⁷ Utsagnet er et moment som tilsier at slik praksis har en viss vekt blant annet på grunn av likhetshensyn. Det bør imidlertid påpekes at domstolene ikke føler seg bundet¹⁸ av forvaltningspraksis, slik mange forvaltningsorganer selv gjør.¹⁹

1.4 Avgrensning

Selv om avhandlingen er avgrenset mot andre kontrolltiltak enn GPS-overvåkning, er det likevel på det rene at vilkårene er de samme uavhengig av det teknologiske overvåkningssystem. Linjene som her trekkes kan dermed også anvendes på andre kontrolltiltak ettersom vurderingstemaet er det samme.

Aml. kapittel 9 tar for seg både de materielle og prosessuelle aspektene av kontrolltiltak i virksomheten. Aml. § 9-1 omhandler de materielle reglene, mens aml. § 9-2 omhandler de prosessuelle reglene. Avhandlingen avgrenses til å redegjøre for de materielle vilkårene som fremgår av aml. § 9-1. Det bør likevel nevnes at aml. § 9-2 kan ha betydning for kontrolltiltakets lovlighet ettersom vurderingsnormen kan ha noe annerledes utfall dersom prosessen har vært åpen og blitt drøftet med de ansatte.²⁰

I tillegg til aml. kapittel 9, inneholder pol. regler for behandling av personopplysninger. Avhandlingen avgrenses til å behandle noen sentrale grunnkrav til behandling av personopplysninger som fremgår av pol. § 11, og hvilke behandlingsgrunnlag som kan påberopes for å behandle personopplysninger, jf. pol. § 8. Det tilsiktes ikke å gi en

¹⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108.

¹⁸ I Eckhoffs rettskildelære er man aldri bundet av noe, det er bare et spørsmål om mer eller mindre vekt.

¹⁹ Eckhoff (2001) s. 233.

²⁰ Ot.prp. nr. 49 s. 313.

uttømmende redegjørelse for personopplysningslovens krav, men målet er å trekke frem noen sentrale bestemmelser i forhold til avhandlingens problemstilling.

I Avfallsservicesaken²¹ var hovedspørsmålet for domstolene hvorvidt utskrift av GPS-logg kunne avskjæres som bevis. Domstolene drøftet imidlertid også lovligheten ved GPS-overvåkingen. Det er dette som er relevant i forhold til denne avhandlingen.

Avhandlingen avgrenses dermed mot tvisteloven § 22-7. For den rettslige sammenhengen kan det likevel kort nevnes at norsk rett bygger på prinsippet om fri bevisføring. Etter tvisteloven § 22-7 kan retten likevel ”i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte”. Regelen er en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde. Det skal foretas en interesseavveining, og bevisavskjæring forutsetter at beviset er skaffet til veie på utilbørlig vis, og at føring av beviset medfører en krenkelse av tungtveiende rettssikkerhets- eller personvern hensyn.²²

²¹ Se fremstillingen i punkt 1.1.

²² RG-2011-321 s. 1.

2 Rettslig utgangspunkter

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

Et sentralt grunnlag som kan begrunne kontrolltiltak, er arbeidsgivers alminnelige styringsrett i arbeidsforholdet.²³ Styringsretten kan defineres som retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet. Høyesterett har uttalt dette i Rt. 2009 s. 1465. Dette er det siste eksempelet på at Høyesterett har definert arbeidsgivers styringsrett, og retten viste til Rt. 2008 s. 856 (Theatercafé-dommen) og Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen).²⁴

Forholdet mellom arbeidsgiver²⁵ og arbeidstaker²⁶ kan forenklet beskrives som et lydighets- og underordningsforhold som blir etablert mellom partene på grunnlag av en arbeidsavtale. Styringsretten er en nødvendig konsekvens av selve arbeidsavtalen og det over- og underordningsforhold som avtalen etablerer mellom partene.²⁷ Som utgangspunkt vil arbeidsgiver i kraft av styringsretten kunne fastsette det sikkerhetsnivået som skal legges til grunn for virksomhetens drift,²⁸ men styringsretten er undergitt mange og vidtgående begrensninger, som følge av bestemmelser i lovgivning, tariffavtaler og selve arbeidsavtalen.²⁹

²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 139.

²⁴ Borchgrevink (2011) s. 15.

²⁵ Aml. § 1-8 annet ledd definerer arbeidsgiver som “den som har ansatt en arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. I tillegg er også den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten å anse som arbeidsgiver, jf. aml. § 1-8 annet ledd, annet punktum.

²⁶ En arbeidstaker defineres som “enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”, jf. aml. § 1-8 første ledd.

²⁷ Jakhelln (2006) s. 24.

²⁸ Jakhelln (2006) s. 392-393.

²⁹ Jakhelln (2006) s. 49.

Den grunnleggende holdningen til styringsretten etter gjeldende rett er at den danner utgangspunkt for spørsmålet om arbeidsgiver kan treffe beslutninger. For at en bedrift skal funksjonere er det en klar forutsetning at ledelsen kan treffe beslutninger, også i forhold som får virkning for de ansatte.³⁰ Det må påvises begrensninger i styringsretten, snarere enn at arbeidsgiver må påvise et grunnlag for sin beslutning.³¹ I forhold til avhandlingens problemstilling er styringsretten innskrenket gjennom aml. § 9-1 som fastsetter begrensninger i styringsretten ut fra et grunnleggende saklighets- og forholdsmessighetskrav.³²

2.2 Arbeidsmiljøloven

Aml. § 9-1 utgjør hovedbestemmelsen i aml. kapittel 9 om kontroll og overvåkning i arbeidslivet. Bestemmelsen fastsetter at kontrolltiltak bare kan iverksettes når tiltaket ”har saklig grunn i virksomhetens forhold”, det må ikke innebære en ”uforholdsmessig belastning”, og det må holdes innenfor personvernlovgivningens rammer.

Ved siden av de materielle vilkårene som fremgår av aml. § 9-1 inneholder aml. § 9-2 prosessuelle regler som må følges når kontrolltiltak skal innføres på virksomheten.³³ Selv om avhandlingen er avgrenset mot aml. § 9-2 er det likevel nødvendig for den rettslige plasseringen å gi en kort fremstilling av denne. Bestemmelsen i aml. § 9-2 er en ordensforskrift, noe som innebærer at brudd på pliktene etter aml. § 9-2 ikke automatisk vil medføre at kontrolltiltaket er ulovlig. Forarbeidene til aml. fremhever at brudd på drøftings- og informasjonsplikten vil kunne være et moment i den alminnelige saklighetsvurderingen, og i tidligere rettspraksis har overholdelse av informasjonsplikten vært tillagt vekt ved vurderingen av kontrolltiltakets rettmessighet, se RG 1993 s. 77 og Rt. 1991 s. 616.³⁴

³⁰ Jakhelln (2006) s. 53.

³¹ Artikkel i Arbeidsrett 2010, nr. 01-02 s. 48.

³² Jakhelln (2006) s. 61.

³³ Jakhelln (2006) s. 392.

³⁴ Rettsdata.no, kommentar til aml. § 9-2.

Når et kontrolltiltak skal iverksettes er det gjerne to motstridende hensyn som viser seg. På den ene siden er det arbeidsgivers ønske om å iverksette kontrolltiltaket og på den andre siden er det arbeidstakers personvernsinteresser. Vernet av den personlige integritet er en helt sentral interesse som delvis er beskyttet gjennom Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK).³⁵ Men arbeidsgivers kontrollinteresse er ofte godt begrunnet og kan etter omstendighetene kunne gå foran personverninteressene.³⁶

Arbeidslivslovsutvalgets begrunnelse for en lovfesting av tidligere ulovfestet rett var dels å gjøre reglene om kontroll og overvåkning mer tilgjengelige av hensyn til arbeidstakere og arbeidsgivere som ikke omfattes av relevante tariffavtaler. Dels var det et ønske om å bidra til større bevissthet rundt kontrollspørsmål, noe som etter utvalgets syn ”[...] i seg selv kan bety en styrking av arbeidstakers personvern”.³⁷

Aml. § 9-1 regulerer vilkårene for at arbeidsgiver skal ha en arbeidsrettslig adgang til å iverksette kontrolltiltak, med en motsvarende plikt for arbeidstakerne til å finne seg i og medvirke aktivt til gjennomføringen av kontrollen. Arbeidstakerne har dermed plikt til å etterkomme arbeidsgivers lovlige pålegg om å gjennomføre kontrolltiltak. Konsekvensene av å ikke etterkomme arbeidsgivers pålegg om kontroll vil være et mislighold av arbeidsforholdet, og må dermed bedømmes med grunnlag i de alminnelige regler om mislighold av plikter i arbeidsforhold.³⁸

³⁵ Se punkt 2.4.

³⁶ Ot.prp. nr. 49. (2004-2005) s. 143.

³⁷ Arbeidsrett.no, Innledning til kapittel 9: Kontrolltiltak i virksomhet.

³⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

2.3 Personvernretten

Pol. kommer til anvendelse når det er tale om ”behandling av personopplysninger”³⁹ som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler”⁴⁰ og ”annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inngå i et personregister”,⁴¹ jf. pol. § 3 første ledd. Etter bestemmelsens annet ledd fremgår det at loven ikke kommer til anvendelse dersom behandling av personopplysninger blir foretatt for rent personlige eller andre private formål.

I aml. § 9-1 annet ledd fremgår det at ved behandling av personopplysninger som er resultat av et kontrolltiltak, kommer pol. til anvendelse. Etter pol. er behandling av personopplysninger i forbindelse med kontrolltiltak forbudt med mindre behandlingen har hjemmel i lov, samtykke fra arbeidstakeren eller behandlingen er nødvendig ut fra nærmere angitte formål, jf. pol. § 11, jf. §§ 8 og 9.⁴²

Pol. ble vedtatt for å gjennomføre kravene i EUs personverndirektiv,⁴³ og loven gjelder behandling av personopplysninger på alle samfunnsområder, inkludert arbeidslivet.⁴⁴

Lovens formål er å beskytte den enkelte mot krenkelse av personvernet, jf. pol. § 1. I Fafo-rapporten om kontroll og overvåkning i arbeidslivet fremgår det at det er utarbeidet noen

³⁹ Med behandling av personopplysninger menes innsamling, lagring og videreformidling av opplysninger som kan tilbakeføres til bestemt person, jf. pol. § 2 første ledd nr. 1 og 2.

⁴⁰ Det er uklart hva som ligger i kravet om at hjelpemiddelet skal være ”elektronisk”, men trolig vil all digital databehandling være omfattet. Etter hvert som de fleste hjelpemidler får digitale komponenter, vil skillet mellom elektroniske og ikke-elektroniske hjelpemidler få stadig mindre betydning, se Rettsdata.no, kommentar til pol. § 3.

⁴¹ Personregister er i pol. § 2 første ledd nr. 3 definert som ”registre, fortegnelse m.v. der personopplysninger er lagret systematisk slik at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen”. For at det skal være et personregister i lovens forstand, kreves det antakelig at det skal inneholde opplysninger om mer enn to-tre personer, se NOU 1997:19, pkt. 10.1.2.1.1 og NOU 2004:5, pkt. 17.5.4.2.

⁴² Arbeidsrett.no, kommentar til aml. § 9-1 annet ledd.

⁴³ Se punkt 2.4.

⁴⁴ NOU 2004:5 s. 419.

grunnleggende personvernprinsipper. I arbeidslivet er det særlig prinsippene om medbestemmelse, prinsippet om at innsamling og behandling av personopplysninger skal være saklig begrunnet, hensynet til proporsjonalitet, hensynet til kvalitet på opplysningene og kravet om samtykke fra den registrerte som er de sentrale.⁴⁵

Ansvarssubjektet i pol. er den behandlingsansvarlige, og i pol. § 2 første ledd nr. 4 defineres den behandlingsansvarlige som ”den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes”. Dersom arbeidsgiver er en juridisk person, er det den juridiske personen representert ved en fysisk person i en lederstilling som er behandlingsansvarlig. jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) kapittel 16 s. 104 flg. Den registrerte er i pol. § 2 første ledd nr. 6 definert som ”den som en personopplysning kan knyttes til”. Når det gjelder området kontroll i arbeidslivet vil den behandlingsansvarlige være arbeidsgiveren og den registrerte vil være arbeidstaker eller en oppdragstaker som er underlagt arbeidsgiverens styringsrett.⁴⁶ Den behandlingsansvarlige er den som alene eller sammen med andre har bestemmelsesrett over personopplysningene og den elektroniske behandlingen av disse. Loven pålegger den behandlingsansvarlige en rekke plikter som for eksempel å se til at vilkårene i pol. er oppfylt for å behandle personopplysningene og at grunnkravene til å behandle personopplysningene er oppfylt.⁴⁷ Videre kan pol. § 27 første ledd nevnes, hvor det fremgår at ”personopplysninger som er uriktige, ufullstendige eller som det ikke er adgang til å behandle” skal rettes. Et eksempel på hvordan opplysninger kan rettes på er ved at den markeres og suppleres med korrekte opplysninger. Et annet eksempel er pol. § 28 første ledd hvor det fremgår at den behandlingsansvarlige ikke skal ”lagre personopplysninger lenger enn det som er nødvendig for å gjennomføre formålet med behandlingen”. Datatilsynet kan pålegge den behandlingsansvarlige å slette personopplysninger dersom tungtveiende personvern hensyn

⁴⁵ Fafo-rapport (2010) s. 17, med videre henvisning til Scartum og Bygraver 2004, NOU 2004:5, Bråten 2008, NOU 2009:1, samt ulike dokumenter fra artikkel 29-gruppen (som er et organ innen EU/EØS når det gjelder personopplysningsvern som ble etablert i henhold til personverndirektivet art. 29).

⁴⁶ Arbeidsrett.no, aml. kap. 9, kommentar til aml. § 9-1 annet ledd.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 102.

tilsier det.⁴⁸ Et siste eksempel som kan nevnes i forhold til noen av pliktene den behandlingsansvarlige er pålagt er pol. § 14, jf. personopplysningsforskriften § 3-1. Behandlingsansvarlig skal etter disse bestemmelsene ha rutiner for internkontroll som blant annet går ut på å etablere og holde vedlike planlagte og systematiske tiltak som er nødvendige for å oppfylle kravene i eller medhold av denne loven, herunder å sikre personopplysningenes kvalitet.

2.4 Folkerettslige forpliktelser

Arbeidstakernes personvern og arbeidsgivers adgang til kontroll er nedfelt i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av, og de sentrale regelverk er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK), Europarådskonvensjon nr. 108 om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger og EUs personverndirektiv.⁴⁹ Menneskerettighetskonvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven og personverndirektivet gjennom personopplysningsloven.⁵⁰

EMK artikkel 8 nr. 1 fastslår at "Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse." Bestemmelsen beskytter retten til privatliv, som er retten til å leve sitt liv uten inngripen fra utenforstående. Retten til privatliv omfatter også beskyttelse mot overvåking og beskyttelse av informasjon om private forhold. Bestemmelsen er tolket av Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD) dit hen at den også gjelder på arbeidsrettens område.⁵¹

⁴⁸ Datatilsynet.no, Plikter, Retting og sletting av personopplysninger.

⁴⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (Personverndirektivet).

⁵⁰ NOU 2004:5 s. 408.

⁵¹ Som eksempel kan nevnes Niemietz v. Tyskland. EMD fant at ransaking på et advokatkontor falt inn under begrepet "hjem" (pkt. 30-33) i tillegg til at det forelå inngrep i advokatens "privatliv", jf. note 69. Domstolen fastslo krenkelse, siden ransakingsordren var for ubestemt og innebar et uforholdsmessig inngrep i dokumenter som inneholdt yrkeshemmeligheter, samtidig som det ikke var noen garantier mot misbruk under ransakingen, jf. EMK art. 8 annet ledd. Et annet eksempel er Copland v. United Kingdom, hvor EMD kom til

Norsk rettspraksis har bygget på det samme allmenne prinsippet om privatlivets fred som konvensjonen gir uttrykk for. EMK artikkel 8 er en tolkningsfaktor i forhold til pol. ettersom konvensjonen gjelder direkte som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2, og ved motstrid går den foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Videre slås det fast i fortalen til EUs personverndirektiv at nasjonal lovgivning skal sikre privatlivets fred i arbeidsforhold i samsvar med EMK artikkel 8 nr. 1.

Europarådskonvensjon nr. 108 om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger fra 1981 er ratifisert av Norge, og konvensjonen gjelder all elektronisk lagring og behandling av personopplysninger. EUs personverndirektiv bygger på konvensjonen, og ved vedtakelsen av personopplysningsloven ble den ansett å være i overensstemmelse med Europarådskonvensjonen nr. 108.

Den internasjonale arbeidsorganisasjonen, ILOs Code of Conduct (ILO), har ikke noe tilsvarende regelverk som binder Norge, men organisasjonen har utarbeidet anbefalinger til medlemsstatene om vern av arbeidstakeres personlige integritet. Pol. bygger på EUs personverndirektiv (95/46/EF), som er en del av EØS-avtalen. Direktivet gjelder i utgangspunktet for all elektronisk behandling av personopplysninger og for manuell behandling av opplysninger dersom disse inngår eller skal inngå i et personregister.⁵²

Formålet med direktivet er å skape et grunnlag for lik regulering av personvernet i alle EU/EØS-land. Direktivet setter således grenser for hvilke regler som medlemslandene kan vedta. Imidlertid er ikke direktivet til hinder for at det utarbeides nasjonal lovgivning som gir et sterkere personvern enn det som følger av direktivet, men lovgivningen må likevel

at arbeidsgivers kontroll av all inn- og utgående trafikk over klagerens telefon på arbeidsplassen, kontroll av klagerens e-mail og internettbruk på arbeidsplassen, samt overvåkning over personlige bevegelser under sykemeldinger og ferier var en krenkelse av EMK artikkel 8 fordi overvåkningen ikke hadde hjemmel i en lovbestemmelse som tilfredsstiller de kravene som følger av artikkel 8 annet ledd.

⁵² NOU 2004:5 s. 409.

ikke være så streng at den hindrer den frie flyt av personopplysninger innen EU/EØS-området.⁵³

⁵³ NOU 2004:5 s. 409.

3 Vilkår for å iverksette GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere

I dette kapittelet skal det redegjøres for saklighets- og forholdsmessighetsvilkåret, som er de materielle vilkårene for arbeidsgivers kontrolladgang, jf. aml. § 9-1. Herunder skal det redegjøres for momenter som er sentrale ved interesseavveiningene som bestemmelsen gir anvisning på. Videre skal det redegjøres for GPS-overvåkningens karakter.

3.1 Bakgrunnen til vilkårene i aml. § 9-1

Vilkårene i aml. § 9-1 er uttrykk for generelle arbeidsrettslige regler og prinsipper som har blitt utviklet gjennom rettspraksis og tariffavtaler, og bestemmelsen er ment å kodifisere slik tidligere ulovfestet rett.⁵⁴ Bestemmelsen er en generalklausul som dels suppleres og dels begrenses av særregler i spesiallovgivningen, og departementet er av den oppfatning at særregler i spesiallovgivningen i konflikttilfelle vil ha forrang i forhold til en slik generell generalklausul.⁵⁵ I forarbeidene fremhevet utvalget at det ikke synes å være behov for vesentlige materielle endringer i rettstilstanden, men påpekte behovet for å kodifisere gjeldende rett på området. Videre fremgår det av forarbeidene at vilkårene ikke vil kunne settes til side av partene gjennom for eksempel samtykke, arbeidsavtale eller tariffavtale.⁵⁶ Bestemmelsene er altså ufravikelige, noe som har kommet til uttrykk i aml. § 1-9 hvor det heter at ”Loven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt”.⁵⁷

⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 143 og 314.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

⁵⁶ NOU 2004:5 s. 431.

⁵⁷ Det finnes ingen slike hjemler pr. november 2011, og loven er derfor til hinder for avtaler om kontrolltiltak som er i strid med kravene i aml. kapittel 9, se Borchgrevink (2011) s. 17.

3.1.1 GPS-overvåkning som kontrolltiltak

Aml. gir ingen definisjon på kontrolltiltak, men det fremgår av forarbeidene at det er tale om et vidt begrep. På grunn av det vide anvendelsesområdet for begrepet kontrolltiltak er det vanskelig å foreta en presis avgrensning av begrepet nedad. Ut fra forarbeidene virker det ikke som Departementet har ansett det som hensiktsmessig å søke å lovfeste eller på annen måte å angi generelt hvor grensen skal trekkes ettersom det i det store flertall av tilfeller ikke vil være tvil om man står overfor et kontrolltiltak i lovens forstand eller ikke. Dersom man er i tvil om man står overfor et kontrolltiltak eller ikke, fremgår det av forarbeidene at tiltaket uansett vil være så lite inngripende overfor arbeidstakerne at en interesseavveining vil gå i arbeidsgivers favør.⁵⁸ Det er på det rene at GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere er å anse som et kontrolltiltak. Dette ble blant annet lagt til grunn i Avfallsservicesaken.⁵⁹

3.2 Saklighetsvilkåret

Et kontrolltiltak kan bare iverksettes dersom tiltaket har ”saklig grunn i virksomhetens forhold”, jf. aml. § 9-1 første ledd. Med saklighet menes i denne sammenheng at kontrolltiltaket skal være begrunnet i forhold som vedrører virksomheten. Tiltaket må være egnet til å fremme formålet, og kontrolltiltaket skal ikke settes i verk vilkårlig overfor arbeidstakerne.⁶⁰

Saklighetsvilkåret må i dag kunne karakteriseres som et generelt arbeidsrettslig prinsipp. Prinsippet går ut på at de beslutninger som treffes av arbeidsgiver på grunnlag av styringsretten må baseres på et ordentlig og aktverdig grunnlag, og ikke skyldes vilkårlighet og tilfeldigheter.⁶¹ I Rt. 2001 s. 418 (Kårstø-dommen) var saksforholdet at det hadde funnet sted en omorganisering ved Statoils anlegg på Kårstø. Dette medførte at grupper av ansatte fikk forlenget reise- og gangtid, som kunne utgjøre ca. 20-25 minutter

⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147.

⁵⁹ Se gjennomgangen i punkt 1.1.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 140.

⁶¹ Jakhelln (2006) s. 50.

per dag. Spørsmålet var om dette inngikk som en del av arbeidstiden i forhold til de individuelle arbeidsavtaler. Høyesterett kom til at det lå innenfor arbeidsgivers styringsrett å bestemme hvor på arbeidsområdet arbeiderne skulle stille sin arbeidskraft til disposisjon. Arbeidstakerne fikk dermed ikke medhold i at det forelå en vilkårlig eller usaklig forskjellsbehandling. Høyesterett uttalte blant annet at endringen hadde skjedd i en forsvarlig prosess og var saklig motivert i organisasjonsendringen. Videre uttalte Høyesterett at ”det forhold at arbeiderne bruker ulik tid fra ytterport til fremmøtested, kan ikke medføre en vilkårlig eller usaklig forskjellsbehandling av arbeidstakerne”. I forhold til saklighetsnormen uttalte Høyesterett ”Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn”.⁶²

Selv om det neppe er mulig å angi uttømmende hva som er en saklig grunn, kan noen formål trekkes frem som eksempler på hva som kan være en saklig grunn for kontrolltiltak. Teknologiske-, økonomiske-, sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold kan nevnes som eksempler.⁶³ I Avfallsservicessaken la lagmannsretten til grunn at Avfallsservice AS sitt opprinnelige formål med GPS-overvåkningen var et saklig kontrolltiltak. Lagmannsretten uttalte at det opprinnelige formålet med innføringen av GPS-systemet var å få på plass en effektiv administrasjon og drift av en vesentlig del av bedriftens oppgaver, samt å bruke det til å utarbeide arbeidsplaner og normere tidsforbruket på rutene.⁶⁴ Det opprinnelige formålet var dermed begrunnet i effektivitets- og økonomihensyn som var forankret i virksomhetens forhold, og ble ansett som saklig.

⁶² Rt. 2001 s. 418.

⁶³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

⁶⁴ Se RG-2011-321. Se gjennomgangen i punkt 1.1.

Et annet eksempel er taxinæringen som anvender flåtestyring⁶⁵ slik at arbeidsgiver til enhver tid har oversikt over hvor bilene i bilparken befinner seg. Systemet gjør at henvendelser kan betjenes og følges opp på en mest mulig effektiv måte, og ivaretar dermed effektivitets- og økonomihensyn.⁶⁶ Videre kan GPS-overvåkning begrunnes i sikkerhetshensyn. Et eksempel er der arbeidsgiver ønsker å overvåke godstrafikk som kjører lengre turer for eksempel i Europa, hvor blant annet ran kan tenkes å være en reell risiko. Begge ovenforstående eksempler vil kunne anses som saklige grunner for GPS-overvåkning.

3.2.1 Saklighetsvurderingen

Saklighetsvilkåret inneholder to hovedelementer. Det må for det første foreligge et saklig formål bak kontrolltiltaket som er forankret i virksomhetens forhold og behov. For det annet må det foreligge en saklig grunn i forhold til den enkelte arbeidstaker som skal omfattes av kontrolltiltaket.

I tillegg til at det fremgår av bestemmelsens ordlyd at tiltaket må ha saklig grunn i virksomhetens forhold følger det også av forarbeidene. Dette innebærer at arbeidsgiver ikke kan iverksette kontrolltiltak som i prinsippet er virksomheten uvedkommende, selv om kontrolltiltaket kanskje er egnet for å fremme allmenne samfunnsinteresser.⁶⁷ Et eksempel som kan illustrere dette er der alle ansatte i en virksomhet får installert GPS i sine private biler for å kartlegge kjøremønstre med den hensikt at de ansatte skal kjøre mer miljøvennlig. Selv om miljøhensynet er i samfunnets interesse, vil ikke et slikt formål uten videre anses som et saklig kontrolltiltak. Spørsmålet om det foreligger saklig grunnlag for å anvende kontrolltiltak forutsetter at det foreligger saklig grunn mellom virksomhetens behov og formålet med kontrollen. Det er altså tale om to forskjellige spørsmål som ikke bør blandes sammen, idet spørsmålet om bruk av kontrolltiltak er et spørsmål om å

⁶⁵ Med flåtestyring menes et system som sender informasjon til en sentral om hvor bilene i virksomhetens bilpark til enhver tid befinner seg, Bruk av sporingsteknologi i virksomheters kjøretøy (2010) s. 3.

⁶⁶ Bruk av sporingsteknologi i virksomheters kjøretøy (2010) s. 3.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144-145.

effektivisere et krav som må ha sitt eget grunnlag. Lovforarbeidene presiserer at et kontrolltiltak som ikke knytter seg eksplisitt til virksomhetens forhold, ikke kan anvendes. Eksempelet forarbeidene bruker er det forhold at en virksomhet støtter samfunnsmessige målsettinger om at folk skal slutte å røyke eller gå over til å spise sunt og holde seg i form, sett i sammenheng med at virksomheten selv ønsker sunne og friske arbeidstakere, ”gir ikke arbeidsgiver saklig grunn til å foreta undersøkelser av de ansattes vaner og levemønster”.⁶⁸

Det andre elementet i saklighetsvilkåret er som nevnt at det må foreligge en saklig grunn i forhold til den enkelte arbeidstaker som skal omfattes av kontrolltiltaket. Grunnen til dette er at et tiltak som er saklig overfor en arbeidstaker eller gruppe, kanskje ikke er saklig overfor andre. Saklighetskravet må dermed være egnet, noe som innebærer at dersom et kontrolltiltak er begrunnet i ivaretagelse av sikkerheten i virksomheten, må tiltaket og måten det gjennomføres på være egnet til å avdekke og forebygge de sikkerhetsrisikoer som det tas sikte på å eliminere. I dette ligger det også et krav om nøyaktighet i de resultater som utledes av kontrollen. Et ytterligere moment er kravet til nødvendighet. Med dette menes spørsmålet om formålet kan ivaretas på annen og mindre inngripende måte. Dette kravet vil stå sentralt i forbindelse med mer inngripende kontrolltiltak, særlig tiltak som innebærer inngrep i arbeidstakernes private forhold. Videre inneholder saklighetsvilkåret et krav om vedvarende saklighet, noe som betyr at kontrolltiltaket må opphøre når det behov eller formål som begrunnet tiltaket ikke lenger eksisterer eller er betydelig redusert. Saklighetsvilkåret innebærer også et forbud mot usaklig forskjellsbehandling av arbeidstakere, eller grupper av ansatte, i forbindelse med kontrolltiltak.⁶⁹ Det sentrale er altså dersom det foretas forskjellsbehandling uten at det forankres i en saklig grunn i virksomhetens forhold.

⁶⁸ Jakhell (2006) s. 62.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144-145.

Tiltakets karakter og hvor inngripende kontrollen vil virke i forhold til arbeidstakeren er ytterligere momenter i saklighetsvurderingen.⁷⁰ Jo mer byrdefulle kontrolltiltakene vil være, eller dess mer inngripende de vil være overfor arbeidstakernes private forhold, desto større vekt vil disse momentene måtte tillegges ved saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen for at kontrolltiltaket skal være lovlig. Hvorvidt forholdene har vært ordentlig drøftet med de ansatte vil også være et moment i interesseavveiningen.⁷¹ Dette sikter til den prosessuelle bestemmelsen i aml. § 9-2, og det vises således til fremstillingen under punkt 2.2.

Dersom arbeidsgiver har en konkret mistanke om at en eller flere ansatte opptre illojalt overfor virksomheten er det naturlig at arbeidsgiver ønsker å foreta ulike kontrolltiltak for å avdekke dette. Borchgrevink har i boken ”Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern” gjennomgått rettspraksis fra norske domstoler som har omhandlet arbeidstakers personvern og arbeidsgivers styringsrett fra perioden 1. januar 2000 til 19. mai 2011. Borchgrevink uttaler at ”Det er en klar tendens i de sakene som er gjennomgått at begrunnet mistanke gir saklig grunn til å gjennomføre kontrolltiltak”.⁷² I det følgende vises det til noen dommer som illustrerer dette.

I RG-2007-855 (Tinekjennelsen, dissens 2-1) foretok arbeidsgiver spaning med fotografering av arbeidstaker utenfor arbeidstakerens bolig på grunnlag av mistanke om underslag av varer fra arbeidsplassen. Sjøføren kjørte kjøttprodukter og meieriprodukter for Gilde og Tine. Spaningen og den skjulte fotograferingen ble utført av to av Gildes sikkerhetskontrollører, som tok bilder av arbeidstakeren utenfor hans hjem idet han bar kasser til og fra varebilen. Flertallet uttalte at ”Det er åpenbart og heller ikke omtvistet at arbeidsgiver har saklig grunn til å iverksette tiltak for å forhindre og eventuelt avdekke straffbare forhold fra arbeidstakers side i tjenesten”. Videre uttalte flertallet at

⁷⁰ Ot.prp. Nr. 49 (2004-2005) s. 143-144.

⁷¹ Jakhelln (2006) s. 397.

⁷² Borchgrevink (2011) s. 71.

”Personvern hensynet gjelder også kontrolltiltak ved konkret mistanke om misligheter, selv om det er anerkjent at arbeidsgivers adgang til kontroll går noe lenger i slike tilfelle”.⁷³

LB-2007-121782 (Billakkererdommen)⁷⁴ gjaldt en oppsigelsestvist som gikk ut på at arbeidsgiveren mente at arbeidstakeren hadde fått utbetalt for mye lønn for tid der arbeidstakeren angivelig ikke hadde vært tilstede. For å bevise hvilke dager arbeidstakeren hadde vært på jobb engasjerte arbeidsgiveren et datasikringsselskap som skulle finne ut hvilke tidspunkter arbeidstakeren hadde vært logget på dataen ved å analysere tidsstempling i forbindelse med lagring i filsystemet. Lagmannsretten kom til at vilkårene i aml. § 9-1 første ledd ikke var overtrådt. Det ble blant annet lagt vekt på at formålet med kontrollen var å finne ut om arbeidstakeren hadde overholdt arbeidstiden. Videre hadde arbeidsgiver en konkret begrunnet mistanke om at det var utbetalt ikke ubetydelige beløp i lønn for tid arbeidstaker ikke hadde vært tilstede. Det ble videre lagt vekt på at analysen var begrenset til tidsregistrering slik at innholdet av filene, samt e-poster og internetttlogger ikke ble gjennomgått. Videre vektla lagmannsretten at det ikke synes å foreligge alternative metoder for å kontrollere arbeidstakerens tilstedeværelse i ettertid. Lagmannsretten uttalte at belastningen for arbeidstakeren var begrenset, og at arbeidsgivers kontrollbehov sammenholdt med hensynet til arbeidstakers personvern tilsa at det i utgangspunktet ikke innebar noen uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren.

I Avfallsservicesaken⁷⁵ forelå det mistanke om at sjåføren hadde tatt for lange pauser og krevd uberettiget overtidsbetaling på grunn av at han ikke hadde blitt ferdig innenfor den fastsatte tiden. Selv om det ikke ble uttalt direkte anså tingretten kontrolltiltaket som et lovlig kontrolltiltak etter aml. § 9-1 ettersom kontrolltiltaket var saklig motivert. Tingretten uttalte at retten er ”i tvil om sammenstilling av opplysninger som fremkommer gjennom

⁷³ RG-2007-855 s. 5.

⁷⁴ Dommen ble anket til Høyesterett, som forkastet begge ankene, HR-2008-1563-U og HR-2008-1570-U. Se Borchgrevink (2011) s. 42.

⁷⁵ Se fremstillingen i punkt 1.1.

GPS-system i kjøretøy, kombinert med timelister, kan anses uforholdsmessig eller mangle saklig grunn”.⁷⁶ Lagmannsretten var enig med tingretten.⁷⁷

Også forarbeidene til arbeidsmiljøloven tyder på at dersom arbeidsgiver har en velbegrunnet mistanke om misligheter av en viss betydning, vil avveiningen av hensynet til arbeidsgivers behov for kontrolltiltak på den ene side og personvern hensynet på den annen side, slå noe annerledes ut enn om kontrolltiltaket hadde vært rutinemessig.⁷⁸ I situasjoner hvor det foreligger konkret mistanke om misligheter vil arbeidsgivers adgang til kontroll gå noe lenger enn normalt, slik det er vist over. Forarbeidene fremhever likevel at man må være varsom med å strekke argumentet for langt ettersom det først og fremst er politiet som har etterforskningsansvaret ved mistanke om straffbare forhold.⁷⁹

Borchgrevink fremhever at gjennomgangen av rettspraksis etterlater et inntrykk av at kontrolltiltak i utgangspunktet formodes å være saklig begrunnet. Videre påpeker Borchgrevink at rettspraksis tyder på at kontrolladgang ikke er ubegrenset, men at grensene utvides ved mistanke om mislige forhold.⁸⁰ Dette ser vi også av eksemplene jeg har trukket ut og vist til i dette kapittelet.

3.3 Forholdsmessighetsvilkåret

I tillegg til saklighetsvilkåret er forholdsmessighetsvilkåret, eller proporsjonalitetsvilkåret, et vilkår i aml. § 9-1 første ledd.⁸¹ Kravet om forholdsmessighet i aml. § 9-1 første ledd kodifiserer det ulovfestede proporsjonalitetsprinsippet på arbeidsrettens område, som går ut på at det skal være forholdsmessighet mellom hva arbeidsgiver ønsker å oppnå og de

⁷⁶ TNHER-2010-144876-1.

⁷⁷ RG-2011-321 s. 6.

⁷⁸ Med rutinemessig siktes det her til kontrolltiltak som gjennomføres løpende som en ordinær del av driften, uten at arbeidsgiver har en konkret mistanke om misligheter hos en bestemt arbeidstaker, NOU 2004:5 s. 430.

⁷⁹ NOU 2004:5 s. 430.

⁸⁰ Borchgrevink (2011) s. 72.

⁸¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 140.

konsekvenser tiltaket har for arbeidstakerne.⁸² Det skal med andre ord foretas en avveining mellom arbeidsgivers interesse i kontrolltiltaket og arbeidstakers personvern.⁸³ I tillegg til å oppstille forholdsmessighet mellom mål og middel innebærer forholdsmessighetskravet en begrensning i forhold til omfanget, utformingen og praktiseringen av det konkrete kontrolltiltaket.⁸⁴

3.3.1 Forholdsmessighetsvurderingen

Momentene som er nevnt under drøftelsen av saklighetsvilkåret i punkt 3.2.1 vil også være relevante i vurderingen i forhold til om et saklig begrunnet kontrolltiltak medfører uforholdsmessig ulempe for arbeidstakerne.⁸⁵

Når det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering må arbeidsgivers interesse i kontrolltiltaket avveies mot arbeidstakernes personvern. I vurderingen må det tas hensyn til hvor inngripende tiltaket er eller kan bli for den enkelte, samt generell respekt for verdighet og privatliv. Disse hensynene følger av både norsk rettspraksis og av EMK artikkel 8 (Retten til respekt for familieliv).⁸⁶

I en prinsippavgjørelse inntatt i Rt. 1991 s. 616 (Videoovervåkningsdommen) foretok arbeidsgiver skjult kameraovervåkning på et gatekjøkken på grunn av at det forelå mistanke om underslag mot en bestemt ansatt. Høyesterett uttalte at det er "[...] klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel [...]"⁸⁷ Selv om arbeidsgiver her hadde en saklig grunn, nemlig å avdekke mistanke om straffbare forhold, ble det konkrete kontrolltiltaket ikke ansett å være forholdsmessig ettersom det medførte et sterkt inngrep i den personlige integritet. Dommen har blitt fulgt opp i senere rettspraksis.

⁸² Rettsdata.no, kommentar til aml. § 9-1.

⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 140.

⁸⁴ Arbeidsrett.no, kommentar til aml. § 9-1, med videre henvisninger til NOU 2004:5 pkt. 1.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 140.

⁸⁷ Rt. 1991. 616 s. 623.

Her kan Rt. 2001 s. 668 nevnes, som i likhet med Rt. 1991 s. 616 gjaldt skjult videoovervåkning. Arbeidsgiver hadde satt opp et skjult videokamera over tippekassen med det formål å finne ut om noen av de ansatte tok penger fra tippekassen. Det aktuelle videoovervåkingskameraet tok kun sikte på å overvåke den personen som betjente den aktuelle kassen, og dette kameraet var således ikke egnet til å overvåke andre ansatte eller kunder. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at ”Ei slik særskilt, hemmeleg og føremålsretta overvaking representerer eit vidtgåande integritetsinngrep i høve til dei tilsette”.⁸⁸

Følgende kan utledes fra rettspraksis i forhold til kontrolltiltakets inngripende karakter. Dersom det anses å være et vidtgående integritetsinngrep skal det mye til for å anse kontrolltiltaket som forholdsmessig, mens krenkelsen ved mer tradisjonelle kontrolltiltak vil som utgangspunkt være begrenset, og dermed lettere anses for forholdsmessig. Skjult videoovervåkning er et eksempel fra rettspraksis på kontrolltiltak som anses som et vidtgående integritetsinngrep,⁸⁹ mens GPS-overvåkning har i rettspraksis blitt ansett som et tradisjonelt kontrolltiltak.⁹⁰ Verken tingretten eller lagmannsretten anså GPS-overvåkningen som et uforholdsmessig inngrep i personvernet i Avfallsservicesaken.⁹¹

I forarbeidene fremgår det at vilkårene bare unntaksvis vil være oppfylt dersom kontrolltiltaket medfører:

”ikke ubetydelig inngrep i rettsgoder som personlig integritet, verdighet, privatlivets fred, legemets ukrenkelighet eller lignende. Motsatt skal det mye til for at mer tradisjonelle kontrolltiltak i arbeidslivet som for eksempel tidsregistrering, adgangskontroll, produksjons- og resultatkontroll, kontroll i forbindelse med

⁸⁸ Rt. 2001 s. 668 s. 671.

⁸⁹ Se Rt. 1991 s. 616, Rt. 2001 s. 668 og Rt. 2004 s. 878.

⁹⁰ Se HR-2011-1019-U og RG-2011-321.

⁹¹ TNHER-2010-144876-1 og RG-2011-321 s. 6. Se punkt. 3.4 for videre redegjørelse.

konkret mistanke om straffbare og andre mislige forhold i arbeidsforholdet osv., vil bli ansett som uforholdsmessig”.⁹²

Kontrolltiltakets formål og konsekvensene inngrepene kan medføre for arbeidstakernes personvern, er sentrale momenter i vurderingen. Videre vil kontrollens art og omfang være relevant.⁹³ I RG 2007 s. 855 (Tinekjennelsen) uttalte flertallet at ”arbeidstakers personvern utgjør et tungtveiende hensyn ved den interesseavveining som må foretas opp mot arbeidsgivers ønske om å iverksette kontrolltiltak”.⁹⁴ Selv om flertallet mente at spaningen og den skjulte fotograferingen innebar et sterkt inngrep i den personlige integritet, kom flertallet til at kontrolltiltaket var saklig begrunnet i virksomhetens forhold og ikke innebar en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren. Momentene som flertallet vektla ved interesseavveiningen var at det forelå en konkret mistanke etter et konkret tips om misligheter. Videre var tiltaket målrettet mot den konkrete personen som mistanken var rettet mot. Og videre var det ikke tale om en løpende overvåkning og det forelå heller ikke andre mindre inngripende tiltak som kunne ivareta arbeidsgivers behov.⁹⁵

Mindretallet fremhevet at ”Det fremstår klart [...] at hemmelig overvåking av en ansatt, hva enten det dreier seg om video eller foto, på grunnlag av mistanke om tyveri eller underslag for å avkrefte eller bekrefte en mistanke, vanskelig kan anses som et lovlig ervervet bevis”.⁹⁶

RG 2007 s. 56 (Nettbusskjennelsen)⁹⁷ er i likhet med Tinekjennelsen et eksempel på at saklighetsvilkåret var oppfylt, men kontrolltiltaket ble ansett som uforholdsmessig. Saken

⁹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

⁹³ Arbeidsrett.no, kommentar til aml. § 9-1.

⁹⁴ RG-2007-855 s. 5.

⁹⁵ RG-2007-855 s. 6.

⁹⁶ RG-2007-855 s. 8.

⁹⁷ Kontrolltiltaket fant sted før aml. 2005 trådte i kraft, men retten la til grunn at lovforslaget til aml. § 9-1 ville kodifisere gjeldende rett. Se Borchgrevink (2011) s. 38.

gjaldt en oppsigelsessak hvor arbeidsgiver sendte en kontrollør som fikk utført diverse bilreparasjoner hjemme hos arbeidstakeren mens personen var sykmeldt. Saklighetsvilkåret var i følge retten oppfylt fordi det var forhold som ga Nettbuss saklig grunn til å undersøke nærmere om arbeidstakeren i realiteten var arbeidsufør. Momentene lagmannsretten la vekt på i forholdsmessighetsvurderingen var at kontrollen hadde skjedd på en fordekt måte. Videre ble det ansett som et vesentlig inngrep i personvernet at kontrolløren hadde fått tilgang til arbeidstakerens hjem slik at kontrolløren hadde overhørt arbeidstakerens private samtaler. Lagmannsretten la vekt på at fremgangsmåten hadde et klart provokasjonsliknende preg og at kontrollen foregikk i en sykmeldingsperiode og til dels på tidspunkter da arbeidstakeren normalt ville hatt fri. Arbeidsgiveren hadde heller ikke forsøkt å klarlegge fakta på en mindre inngripende måte før kontrollen ble iverksatt. Lagmannsretten uttalte:

”Etter lagmannsrettens syn er det på generelt grunnlag grunn til å motvirke at så vidt inngripende tiltak tas i bruk i arbeidslivet, i alle fall når dette ikke kan anses tvingende nødvendig. Lagmannsretten mener derfor at kontrollrapportene her representerer et så vesentlig inngrep i personvernet at det ikke kan aksepteres[...]”⁹⁸

Ved forholdsmessighetsvurderingen er det ikke tilstrekkelig å vurdere det enkelte kontrolltiltak for seg, men man må se tiltaket i sammenheng med summen av kontrolltiltak i virksomheten. Derfor kan et kontrolltiltak som isolert sett er i samsvar med lovens vilkår kunne bli ansett som ulovlig dersom dette kontrolltiltaket medfører at den forsvarlige tålegrensen for arbeidstakerne eller arbeidsmiljøet til sammen blir overskredet. Hvorvidt GPS-overvåkingen vil medføre en uforholdsmessig belastning for arbeidstakerne vil i følge forarbeidene:

”[...] bero på tiltakets formål (hvor tungtveiende er bedriftens behov), kontrollens art (enkeltstående kontroll, vedvarende kontroll, hyppighet osv.), hvordan den

⁹⁸ RG-2007-56.

praktisk skal gjennomføres, hvilke inngrep i arbeidstakernes personvern det vil være tale om, om sentrale personvern hensyn er ivaretatt gjennom forsvarlige metoder som sikrer klare testresultater, i hvilken grad arbeidsgiver har sikret begrenset tilgang til de data som fremkommer osv”.⁹⁹

Personvernemndas uttalte i Avfallsservicesaken at ”GPS-system oppfattes primært som et navigasjonssystem og ikke et overvåkningssystem[...].” Videre fremhevet Personvernemnda at det ikke lå innenfor arbeidstakers rimelige forventninger om hva opplysningene fra GPS-systemet faktisk skulle brukes til.¹⁰⁰ Formålet med GPS overvåkning vil som regel være begrunnet i andre formål enn å avdekke misligheter. Dersom GPS-teknologien blir brukt til å overvåke arbeidstakerne vil det gjerne skje skjult slik som i Avfallsservicesaken. Ettersom GPS-overvåkning i alminnelighet vil bli ansett som en vedvarende overvåkning, vil det kunne anføres som et moment for at det er tale om et inngripende tiltak. Dersom den teknologiske utviklingen medfører at GPS-systemet vil gi mer detaljert informasjon enn hva tilfellet er i dag vil det være et ytterligere moment for å anse GPS som et inngripende kontrolltiltak. Det siste gjelder særlig dersom arbeidsgiver også får tilgang på data fra arbeidstakernes fritid. I vurderingen må det videre legges vekt på hvor egnet kontrolltiltaket er til å oppnå det ønskede mål. I tillegg vil det være av betydning hvorvidt arbeidsgiver kan oppnå målet med andre mindre inngripende hjelpemidler.

3.4 GPS-overvåkningen karakter

Et sentralt spørsmål i forhold til avhandlingens problemstilling er hvorledes GPS-overvåkning skal bedømmes som kontrolltiltak.

I Avfallsservicesaken¹⁰¹ uttalte lagmannsretten at ”Sammenstillingen av opplysningene fra GPS-systemet med timelistene har mer karakter av det som i proposisjonen er betegnet som

⁹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

¹⁰⁰ PVN-2011-04 s. 6.

¹⁰¹ Se gjennomgang i punkt 1.1.

”tradisjonelle kontrolltiltak” enn et tiltak som medfører ”ikke ubetydelige inngrep” i sentrale rettsgoder”, og lagmannsretten mente således at graden av krenkelse var begrenset.¹⁰² Datatilsynet betraktet på sin side ”sammenstillingen av opplysninger fra GPS-systemet med innleverte timelister, uten at kontrolltiltaket er informert de ansatte, som et inngripende tiltak”. Datatilsynet anså arbeidsgivers behov for å få avklart en eventuell illojal opptreden blant de ansatte til å være en berettiget interesse, men kom etter en helhetsvurdering til at arbeidsgivers behov ikke oversteg den registrertes personvern. I denne vurderingen la Datatilsynet blant annet vekt på at det kunne vært valgt et mindre inngripende tiltak som for eksempel å innkalle til et møte med samtlige ansatte hvor det ble innledet en prosess for et nytt og fremtidig kontrolltiltak.¹⁰³ Personvernemnda sluttet seg til Datatilsynets uttalelser.¹⁰⁴

Datatilsynet, Personvernemnda og domstolene hadde ulike syn på hvor inngripende GPS-overvåkningen var i Avfallsservicesaken. Dette viser at spørsmålet om hvor inngripende GPS-overvåkning er, oppfattes forskjellig. Det finnes trolig ikke ett riktig svar på spørsmålet, men løsningen vil bero på en helhetsvurdering hvor momentene som er nevnt over må vektes mot hverandre. I denne vurderingen vil sentrale momenter være hva slags GPS-overvåkning det er tale om og hva formålet med tiltaket er.

Selv om det neppe kan slutes generelt at GPS-overvåkning er å anse som et ”tradisjonelt kontrolltiltak” ettersom GPS-overvåkning kan ta mange ulike former og ha mange forskjellige formål, har likevel domstolene i Avfallsservicesaken talt. Dette innebærer at GPS-overvåkning slik det fremsto i Avfallsservicesaken, må anses som et tradisjonelt kontrolltiltak. I Avfallsservicesaken viste lagmannsretten til en dom fra EMD av 2. september 2010¹⁰⁵ der GPS-data ble karakterisert som mindre inngripende i sentrale

¹⁰² RG-2011-321 s. 7.

¹⁰³ PVN-2011-04 s. 5.

¹⁰⁴ PVN-2011-04 s. 6.

¹⁰⁵ Uzun v. Tyskland.

rettsgoder enn overvåkning ved bruk av lyd og bilde.¹⁰⁶ Ettersom det skal foretas en skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle, og fordi GPS-teknologien stadig utvikles, kan mye tyde på at det som i dag anses som et saklig og forholdsmessig kontrolltiltak, i fremtiden vil kunne bli ansett som et inngripende kontrolltiltak. Standarden som Høyesterett har trukket i Avfallsservicesaken er dermed neppe fastsatt en gang for alle.

Et eksempel, som er satt på spissen, men som kan stå som illustrasjon på hva den teknologiske utviklingen kan tenkes å medføre, er dersom ansatte får smarttelefoner av arbeidsgiver som inneholder en GPS-applikasjon¹⁰⁷ som er synkronisert med arbeidsgivers PC. Dette vil innebære at arbeidsgiver vil ha mulighet til å overvåke sine ansatte til enhver tid. Dersom arbeidstakerne ikke er klar over dette, vil et slikt kontrolltiltak trolig kunne plasseres i samme kategori som skjult kameraovervåkning. Hvorvidt et slikt kontrolltiltak skal anses lovlig vil avhenge av arbeidsgivers motiv og behov i det konkrete tilfelle. Generelt bør det likevel kunne sies at et slikt kontrolltiltak vil innebære et uforholdsmessig inngrep i arbeidstakers personvern. I denne sammenhengen kan også grensen mellom arbeidstakers fritid og arbeidstid nevnes som et relevant moment i forhold til hvor inngripende tiltaket er. EMK artikkel 8 som omhandler retten til respekt for privatliv og familieliv, vil i tillegg til arbeidsmiljølovens og personopplysningslovens regler være en skranke i forhold til hvilke kontrolltiltak som arbeidsgiver kan iverksette. Grensen mellom arbeidstakers fritid og arbeidstid har også blitt tillagt vekt i norsk rettspraksis. I Rt. 2002 s. 1500 var spørsmålet om arbeidsgiver kunne fremlegge e-post sendt fra arbeidstakers e-postadresse som bevis i avskjedssak når det ikke var innhentet samtykke fra arbeidstakeren. Kjæremålsutvalget kom til at arbeidsgiver hadde rett til innsyn i virksomhetsrelatert e-post og at lagmannsretten ikke hadde tolket pol. § 8 bokstav f feil. Av interesse i forhold til grensen mellom arbeidstakers fritid og arbeidstid er Høyesteretts henvisning til Datatilsynets hjemmeside:

¹⁰⁶ RG-2011-321 s. 7.

¹⁰⁷ Applikasjoner blir ofte omtalt som “apps” og er selvstendige programmer som kan installeres på en smarttelefon, og som lastes ned gjennom såkalte applikasjonsbutikker. Se Datatilsynet.no, Artikkel “Hva vet mobilappen om deg?”

”Arbeidsgiveren din har ikke adgang til å lese e-post du mottar som privatperson uten at du har samtykket. Dette gjelder selv om arbeidsgiveren må sies å være "eier" av datasystemet. Arbeidsgiveren har imidlertid rett til innsyn i virksomhetsrelatert e-post. Arbeidsgiverens interesse i å lese disse meldingene overstiger hensynet til ditt personvern".¹⁰⁸

Skillet mellom privat og virksomhetsrelatert e-post bør også kunne overføres til bruk av GPS-systemer. Dersom arbeidsgivers GPS-overvåkning også innebærer overvåkning av arbeidstakerne i deres fritid bør det anses som et inngripende tiltak i den personlige integritet, som i utgangspunkt bør anses som ulovlig. Motsatt vil GPS-overvåkning i for eksempel taxinæringen som hovedregel være et lovlig kontrolltiltak forutsatt at overvåkningen finner sted i arbeidstiden. Hensynene bak skillet mellom vernet av personvern i henholdsvis arbeidstid og fritid synes å være de samme uavhengig av om det er tale om innsyn i e-post eller overvåkning av bevegelsesmønster.

Svaret på spørsmålet om GPS-overvåkning er å anse som et ”tradisjonelt kontrolltiltak” avhenger av hva slags GPS-overvåkning det er tale om, hva som er formålet med GPS-overvåkningen og hvordan prosessen og kommunikasjonen har vært mellom arbeidstakerne og arbeidsgiverne.

3.5 Oppsummering

I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 12.3.4 gis det en oppsummering om arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak. Adgangen avhenger i stor grad av en konkret vurdering der arbeidsgivers behov måles opp mot tiltakets art og hvor inngripende kontrollen vil virke overfor den enkelte arbeidstaker. Resultatet av avveiningen må gå i virksomhetens favør for at kontrolltiltaket skal anses lovlig.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Rt. 2002 s. 1500 s. 1503.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

Både saklighets- og forholdsmessighetsvilkåret må være oppfylt. Videre må vilkårene være oppfylt til enhver tid, noe som innebærer at kontrolltiltaket må endres og tilpasses de endrede forhold dersom det overhodet kan opprettholdes. Dette følger forutsetningsvis av aml. § 9-2 tredje ledd.¹¹⁰

Hva som anses lovlig GPS-overvåkning må avgjøres etter en konkret interesseavveining og vil av den grunn ikke kunne fastsettes en gang for alle.

I tillegg til at de materielle vilkårene i aml. § 9-1 for å iverksette GPS-overvåkning må være oppfylt, må vilkårene for å behandle personopplysninger som utledes av GPS-overvåkningen også være oppfylt. I kapittel 4 skal jeg redegjøre for noen sentrale bestemmelser som må oppfylles for at arbeidsgiver skal kunne behandle de personopplysningene som har fremkommet som resultat av GPS-overvåkningen.

¹¹⁰ Jakhelln (2006) s. 397.

4 Personopplysningsloven

Et sentralt tema i forhold til avhandlingens problemstilling er adgangen til å behandle opplysninger som fremkommer som resultat av GPS-overvåkningen. Uten en slik adgang ville mange kontrolltiltak vært formålsløse.¹¹¹

Hensikten med dette kapittelet er ikke å gi en uttømmende fremstilling om alle vilkårene i pol. som må være oppfylt for at arbeidsgiver skal kunne behandle personopplysninger som utledes av et kontrolltiltak, men å redegjøre for noen sentrale bestemmelser i pol. som er av betydning i forhold til avhandlingens problemstilling.

Adgangen til å iverksette kontrolltiltak reguleres av aml. § 9-1, men bestemmelsen vil bli supplert og utfyllt av reglene i pol. jf. aml. § 9-1 annet ledd, som angir at pol. kommer til anvendelse når opplysninger som fremkommer gjennom kontrollen blir gjenstand for behandling.

I Avfallsservicesaken¹¹² ble bruk av GPS-systemet ansett å innebære ”behandling av personopplysninger”. Lagmannsretten uttalte i denne sammenheng at GPS-systemet som Avfallsservice AS innførte sommeren 2009 ”registrerer og lagrer data, blant annet om hvilken rute som kjøres, hvilken bil som kjører ruta, og tidspunkt for tømning av den enkelte søppeldunk”. Videre uttalte lagmannsretten at Avfallsservice AS ”er kjent med hvem som kjører den enkelte rute, og systemet kan følgelig brukes til lokalisering av den enkelte sjåfør. Dette er opplysninger som kan knyttes til en enkeltperson, og er å anse som personopplysninger i henhold til personopplysningsloven[...]”.¹¹³

¹¹¹ NOU 2004:5 s. 407.

¹¹² Se gjennomgangen i punkt 1.1.

¹¹³ RG-2011-321 s. 4.

Det kan neppe trekkes en generell konklusjon om at GPS genererer personopplysninger ettersom det finnes mange ulike GPS-systemer. Forutsetningen for at GPS-systemer skal innebære ”behandling av personopplysninger” er at den informasjonen som lagres kan knyttes til en bestemt fysisk person og informasjonen som registreres og lagres gir opplysninger om blant annet lokalisering, bevegelsesmønster og tidspunktene for dette.

4.1 Vilkår for å behandle personopplysninger

En grunnforutsetning for at behandling av personopplysninger skal være lovlig er at et av de tre alternative vilkårene i pol. § 8 er oppfylt. Personopplysninger kan bare behandles dersom den registrerte har samtykket, det er fastsatt i lov at det er adgang til slik behandling, eller dersom det foreligger nødvendig grunn. Hva som menes med nødvendighetsgrunnlaget fremgår av pol. § 8 bokstav a til f der det er opplistet seks alternative vilkår for hva som kan anses som nødvendig grunn. Behandlingsgrunnlaget må foreligge før personopplysninger i det hele tatt blir behandlet.¹¹⁴ I tillegg til at et av de anførte grunnlagene i pol. § 8 må foreligge, opplister pol. § 11 grunnkrav til behandling av personopplysninger. Pol. § 11 vil det bli redegjort for i kapittel 4.2.¹¹⁵

4.1.1 Behandlingsgrunnlaget ”samtykke”

Det første av de tre behandlingsgrunnlagene som er opplistet i pol. § 8 er samtykke fra den registrerte om at personopplysningene behandles. I forarbeidene legges det generelt stor vekt på samtykke som behandlingsgrunnlag, i samsvar med prinsippet om retten til selv å bestemme over opplysninger om seg selv.¹¹⁶ Personvernemnda har lagt til grunn at samtykke er den reelle hovedregel av behandlingsgrunnlagene.¹¹⁷

¹¹⁴ Rettsdata.no, kommentar til pol. § 8

¹¹⁵ Uavhengig av om man tar utgangspunkt i pol. § 11 og deretter går til §§ 8 og/eller 9 eller om man starter i pol. §§ 8 eller 9 for deretter å vurdere de øvrige grunnkravene, vil resultatet bli det samme, jf. Blixrud og Ottesen (2010) s. 90. Datatilsynet mener at man bør ta utgangspunkt i § 8 (eventuelt § 9), mens Blixrud og Ottesen mener at den mest korrekte løsningen juridisk sett er å starte vurderingen i § 11.

¹¹⁶ NOU 2004:5 s. 421 og Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108.

¹¹⁷ Se PVN 2005-10.

Grunnen til at samtykke fremheves som behandlingsgrunnlag er for det første at dette vil styrke den registrertes muligheter til å råde over opplysninger om seg selv. For det annet vil man ved å basere behandlingen på samtykke unngå mulig tvil om de mer skjønnsmessige vilkårene i bokstavene a til f er oppfylt.¹¹⁸ Det er i utgangspunktet ingen formkrav til samtykket, men det fremgår av definisjonen i pol. § 2 nr. 7 at det må være ”en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av opplysninger om seg selv”.

På arbeidsrettens område er samtykke som grunnlag for behandling av personopplysninger trolig noe problematisk. Grunnen til dette er at det er usikkert i hvilken grad man kan si at en arbeidstaker faktisk har gitt sitt frivillige samtykke. Situasjonen med et over- og underordningsforhold, og kanskje avhengighetsforhold, kan tilsi at en arbeidstaker vil føle seg presset til å samtykke. Dermed kan det være grunn til å stille spørsmål i forhold til hvor egnet samtykke er som behandlingsgrunnlag. EU-kommisjonen har blant annet tatt opp problematikken i forhold til betydningen av arbeidstakers samtykke som grunnlag for behandling av personlige opplysninger.¹¹⁹ Også Datatilsynet har hevdet at det vanskelig kan anses å foreligge et frivillig samtykke i arbeidsgiver-arbeidstakerrelasjonen. Selv om det er grunn til å være kritisk til et samtykke gitt av arbeidstaker i forhold til behandling av personopplysninger, vil det nok tillegges en viss vekt i interesseavveiningen som skal foretas etter blant annet pol. § 8 bokstav f.

4.1.2 Behandlingsgrunnlaget ”fastsatt i lov”

Det andre behandlingsgrunnlaget i pol. § 8 er når behandlingen er fastsatt ved lov. Begrunnelsen for dette alternativet er at bestemmelsen ikke skal oppstille tilleggsvilkår for å behandle personopplysninger når lovgiver allerede har bestemt at behandlingen er nødvendig for å vareta viktige samfunnsinteresser. Departementet fant det naturlig å fremheve lovhjemmel som et selvstendig vilkår for å kunne behandle personopplysninger selv om et av alternativene i bokstav a til f kunne ha blitt benyttet som hjemmelsgrunnlag.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108.

¹¹⁹ NOU 2004:5 s. 410.

Hvorvidt behandlingen er forankret i lov slik at dette alternativet får anvendelse, må avgjøres ved å tolke loven som eventuelt hjemler behandlingen. Videre fremgår det av forarbeidene at hjemmelskravet er relativt, slik at det kreves klarere hjemmel jo større personvernmessige konsekvenser behandlingen kan få.¹²⁰ Dette behandlingsgrunnlaget vil neppe være særlig aktuelt i forhold til GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere.

4.1.3 Behandlingsgrunnlaget "nødvendig"

Det tredje behandlingsgrunnlaget i pol. § 8 er når "behandlingen er nødvendig for

- a) å oppfylle en avtale med den registrerte, eller for å utføre gjøremål etter den registrertes ønske før en slik avtale inngås,
- b) at den behandlingsansvarlige skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse,
- c) å vareta den registrertes vitale interesser,
- d) å utføre en oppgave av allmenn interesse,
- e) å utøve offentlig myndighet, eller
- f) at den behandlingsansvarlige eller tredjeperson som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen".

På grunn av at det kan stilles spørsmål i forhold til hvor egnet samtykke på arbeidsrettens område er som grunnlag for behandling av personopplysninger og fordi lovhjemmel ikke er særlig aktuelt i forhold til GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere, vil det her legges størst vekt på redegjørelsen av nødvendighetskriteriene som behandlingsgrunnlag.

Behandlingsgrunnlaget "nødvendig" innebærer at behandlingen av personopplysningene er nødvendig for å sikre ett av flere alternative formål, og at disse formålene er opplistet i pol. § 8 bokstav a-f. Det er viktig å være oppmerksom på at nødvendighetskriteriet ikke nødvendigvis vil være tilfredsstillende som behandlingsgrunnlag for alle deler av behandlingen.¹²¹ Vurderingen av om nødvendighetskravet er oppfylt kan bli forskjellig alt

¹²⁰ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108.

¹²¹ Blixrud og Ottesen (2010) s. 78.

ettersom hva slags form for behandling det er tale om. Forarbeidene nevner for eksempel at det kan tenkes at innsamling av opplysningene er nødvendig, men at utlevering av dem ikke er det. Felles for vilkårene i pol. § 8 bokstav a-f er at behandling av personopplysninger bare er tillatt i den utstrekning behandlingen er nødvendig for å ivareta nærmere definerte interesser. I forarbeidene fremgår det at det først og fremst er alternativene i pol. § 8 bokstav a og bokstav f som er særlig aktuelle i arbeidsforhold.¹²² I forhold til avhandlingens problemstilling synes pol. § 8 bokstav f som det mest aktuelle av nødvendighetskriteriene. Fremstillingen avgrenses derfor til å redegjøre for dette kriteriet. Bestemmelsen legger opp til en skjønnsmessig avveining, noe som innebærer at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er i første omgang den som ønsker å behandle personopplysninger som skal vurdere om kravet til nødvendighet er tilfredsstilt eller ikke.¹²³ Forarbeidene nevner at på sikt vil Datatilsynets praksis kunne utfylle de skjønnsmessige bestemmelsene og lette anvendelsen av dem. Videre nevner forarbeidene at praksisen til tilsynsmyndighetene i andre EØS-land vil være av interesse.¹²⁴

Pol. § 8 bokstav f gjennomfører artikkel 7 bokstav f i EU-direktivet.¹²⁵ Bestemmelsen viser til en interesseavveining mellom den behandlingsansvarliges behov for å ivareta en berettiget interesse og hensynet til den registrertes personvern.¹²⁶

Ettersom bestemmelsen er generelt utformet, vil den kunne overlappe de andre behandlingsgrunnlagene som følger av pol. § 8 bokstav a-e. I interesseavveiningen må både fordeler og ulemper med behandlingen tas i betraktning. For at det skal foreligge en berettiget interesse, må det være mer nødvendig for arbeidsgiver å behandle opplysningene, enn hensynet til den enkelte arbeidstaker i den konkrete sak.¹²⁷ Forarbeidene påpeker at

¹²² NOU 2004:5 s. 421.

¹²³ Rettsdata.no, kommentar til pol. § 8.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108.

¹²⁵ Se kapittel 2.4.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109.

¹²⁷ Blixrud og Ottesen (2010) s. 82.

hensynet til privatlivets fred generelt må tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser. Videre fremgår det av forarbeidene at dersom en registrert gir den behandlingsansvarlige beskjed om at han eller hun ikke vil at behandlingen skal gjennomføres eller fortsette, bør dette tillegges vesentlig vekt. Dersom ikke behandlingen kan hjemles i noen av de andre vilkårene i pol. § 8, må løsningen ifølge forarbeidene bli at den behandlingsansvarlige avstår fra å behandle opplysningene eventuelt slette eller aidentifisere opplysninger som allerede er behandlet.¹²⁸

Det opprinnelige formålet med GPS-systemet i Avfallsservicesaken¹²⁹ er et eksempel på et formål som ble ansett å være i overensstemmelse med interesseavveiningen i pol. § 8 bokstav f. Lagmannsretten la til grunn at ”det opprinnelige formålet med innføringen av systemet primært var å få på plass en effektiv administrasjon og drift av en vesentlig del av bedriftens oppgaver, samt å bruke det til å utarbeide arbeidsplaner og normere tidsforbruket på rutene”.¹³⁰ Videre uttalte lagmannsretten at ”[...] innføringen av GPS-systemet og den registrering og lagring av personopplysninger som finner sted, ikke er i strid med interesseavveiningen i personopplysningsloven § 8 bokstav f.” Det nye formålet i Avfallsservicesaken er på den andre siden et eksempel på et formål som ikke ble ansett å være i overensstemmelse med interesseavveiningen i pol. § 8 bokstav f. Lagmannsretten kunne ikke se at den nye behandlingen av personopplysningene kunne begrunnes i interesseavveiningen i henhold til pol. § 8 bokstav f. Lagmannsretten så da særlig hen til sammenhengen med aml. § 9-1.¹³¹

Ettersom det vil kunne være vanskelig for den behandlingsansvarlige i det enkelte tilfelle selv å avgjøre om egeninteressen i å behandle opplysningene veier tyngre enn hensynet til den registrertes personvern fremgår det av forarbeidene at Datatilsynet vil ha et særlig

¹²⁸ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109.

¹²⁹ Se gjennomgangen i punkt 1.1.

¹³⁰ RG-2011-321 s. 5.

¹³¹ RG-2011-321 s. 6.

ansvar for å gi råd og veiledning om den interesseavveiningen som må foretas, jf. pol. § 42 tredje ledd nr 6.¹³²

4.2 Grunnkrav til behandling av personopplysninger

Pol. § 11 oppstiller de grunnleggende krav til behandling av personopplysninger, og er en sentral bestemmelse. Grunnkravene er angitt i pol. § 11 første ledd bokstavene a til e, og er kumulative. Alle kravene må dermed være oppfylt for at personopplysninger skal kunne behandles.¹³³

Pol. § 11 fastsetter i bokstav a at personopplysningene bare kan behandles når dette er tillatt etter pol. §§ 8 og 9. Dette alternativet har trolig ingen selvstendig betydning ut over det rent pedagogiske ettersom kravene til behandlingsgrunnlag først oppstilles i pol. §§ 8 og 9, for deretter å bli gjentatt i § 11 første ledd bokstav a.¹³⁴ Pol. § 9 regulerer behandling av sensitive personopplysninger.¹³⁵ For å behandle sensitive personopplysninger må ett av de alternative vilkårene i pol. § 8 være oppfylt samtidig som ett av de alternative vilkårene opplistet i pol. § 9 første ledd bokstav a til h være oppfylt. Selv om det kanskje kan tenkes situasjoner der GPS-overvåkning kan fordre sensitive personopplysninger, som for eksempel ved å angi arbeidstakers lokasjon til et behandlingssted, er avhandlingen likevel avgrenset til å redegjøre for pol. § 8 som behandlingsgrunnlag. Pol. § 11 bokstav b og c vil det bli redegjort for under punkt 4.2.1 og 4.2.2. Pol. § 11 bokstav d fastsetter at personopplysningene bare kan behandles dersom de er tilstrekkelige og relevante for formålet med behandlingen. Videre må opplysningene være korrekte og oppdaterte og ikke lagres lenger enn det som er nødvendig ut fra formålet med behandlingen, jf. bokstav e.¹³⁶

¹³² Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109.

¹³³ Blixrud og Ottesen (2010) s. 89.

¹³⁴ Rettsdata.no, kommentar til pol. § 11 og Personvern i finanssektoren, Blixrud og Ottesen (2010) s. 89.

¹³⁵ Definisjonen av sensitive personopplysninger fremgår av pol. § 2 nr. 8 bokstav a-e.

¹³⁶ Jakhelln (2006) s. 403.

Avhandlingen avgrenses til å behandle pol. § 11 første ledd bokstav b og c, likevel slik at bokstav c vil bli tillagt størst vekt.¹³⁷

4.2.1 Pol. § 11 første ledd bokstav b - formål

Etter pol. § 11 første ledd bokstav b pålegges den behandlingsansvarlige å sikre at personopplysningene som behandles bare blir behandlet til et uttrykkelig angitt formål som er saklig begrunnet i virksomheten og som er egnet til å oppnå formålet.¹³⁸ Dette innebærer at en ikke kan lagre eller på annen måte bruke personopplysninger som det ikke er saklig behov for i forhold til de oppgavene som skal løses.¹³⁹ Tiltaket kan imidlertid innebære en viss ulempe for arbeidstakeren, men må ikke være urimelig ut ifra formålet.¹⁴⁰ I denne sammenheng bør det likevel nevnes at loven ikke setter grenser for hva en virksomhet skal drive med. Dersom innholdet av virksomheten endres, kan også formålsangivelsen endres. Men det endrede formålet må ligge innenfor rammene av pol. § 11 første ledd bokstav c, jf. nedenfor i punkt 4.2.1.

Ettersom bestemmelsen også stiller krav om at formålet må være saklig begrunnet i virksomheten, står ikke virksomheten fritt til å velge formål etter eget ønske. Formålet må ha en nær og naturlig sammenheng med virksomhetens drift.¹⁴¹ Dersom GPS-overvåkning er begrunnet i sikkerhetshensyn må virksomheten tilknyttes en fare eller risiko som tilsier at de ansatte må GPS-overvåkes slik at arbeidsgiver vil kunne lokalisere sine arbeidstakere dersom den aktuelle faren eller risikoen skulle inntreffe. Er det effektivitetshensyn som anføres som formålet med GPS-overvåkingen, må virksomheten ha et behov som tilsier at GPS-overvåking faktisk kan effektivisere virksomheten, for eksempel gjennom flåtestyring.¹⁴²

¹³⁷ Avgrensningen innebærer ikke at de vilkårene som er utelatt ikke er sentrale, men rammen for avhandlingen tilsier ikke at alle aktuelle forhold kan behandles.

¹³⁸ Blixrud og Ottesen (2010) s. 90.

¹³⁹ Rettsdata.no, § 11, litteratur, TFS 2001-4, kapittel 2.

¹⁴⁰ Bruk av sporingsteknologi i virksomhetens kjøretøy, s. 2.

¹⁴¹ Blixrud og Ottesen (2010) s. 91.

¹⁴² Se punkt 3.2.1, fotnote 66.

Hensikten med formålsangivelsen er å skape forutberegnelighet for den enkelte. I tillegg kan nok et hensyn med formålsangivelsen være at behovet er gjennomtenkt av arbeidsgiveren. Formålet med behandlingen må være klart og presist formulert, og i forarbeidene fremgår det at formålet må være ”tilstrekkelig konkret og avgrenset til at det skaper åpenhet og klarhet om hva behandlingen skal tjene til”.¹⁴³ Formålsangivelsen fastsetter grensene for hva som er lovlig bruk av personopplysningene, og er derfor av stor betydning.¹⁴⁴

4.2.2 Pol. § 11 første ledd bokstav c – uforenlig formål

Pol. § 11 første ledd bokstav c begrenser muligheten til å bruke allerede innsamlede personopplysninger til formål som er uforenlig med det opprinnelige innsamlingsformålet. Arbeidsgiver kan dermed ikke fritt bruke slike opplysninger til andre formål enn det opprinnelige. Loven kan ikke uttømmende beskrive hvilke behandlingsformål som er uforenlig med det opprinnelige formålet. Spørsmålet må vurderes konkret og individuelt. I den konkrete vurderingen som skal foretas nevner forarbeidene flere momenter som er sentrale i vurderingen, herunder ”Om bruk av opplysningene innebærer ulemper for den registrerte, om bruken skiller seg sterkt fra den som lå til grunn for innsamlingen, eller om bruken stiller strengere krav til datakvalitet enn det opprinnelige innsamlingsformålet.”¹⁴⁵

Videre fremgår det av forarbeidene at kontrollformål er et eksempel på et nytt formål som ofte vil være uforenlig med det opprinnelige innsamlingsformålet. Forarbeidene presiserer at dette særlig gjelder når kontrollen ikke er en naturlig del av den virksomheten som den behandlingsansvarlige driver, eller når ubehaget for den registrerte ikke står i rimelig forhold til fordelene kontrolløren oppnår.¹⁴⁶

¹⁴³ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 113-114.

¹⁴⁴ Rettsdata.no, kommentar til pol. § 11.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 113.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 113.

Rettspraksis viser at det generelt er en risiko for at arbeidsgiver i for eksempel en oppsigelsessak vil være fristet til å bruke allerede innsamlede data til ny bruk som er uforenlig med det opprinnelige formålet med innsamlingen. I Avfallsservicesaken hadde arbeidsgiveren sammenstilt GPS-data fra kjøretøyet arbeidstakeren disponerte opp mot innleverte timelister for å avklare hvorvidt arbeidstakeren hadde fremmet og fått betalt for mye i overtidbetaling. Det opprinnelige formålet med GPS-systemet var begrunnet i effektiviseringshensyn i virksomheten. Det nye formålet var å kontrollere arbeidstakerens bruk av arbeidstiden, særlig med henblikk å avdekke urettmessige krav om overtidsgodtgjørelse. Lagmannsretten la til grunn at det opprinnelige formålet ikke var i strid med interesseavveiningen i pol. § 8 bokstav f, noe som innebar at virksomheten hadde gyldig behandlingsgrunnlag til det opprinnelige formålet. Videre uttalte lagmannsretten:

”Som behandlingsansvarlig skal B AS sørge for at personopplysningene som behandles ikke brukes senere til formål som er uforenlige med det opprinnelige formålet med innsamlingen, uten at den registrerte samtykker, jf. pol. § 11 første ledd bokstav c. Bestemmelsen forutsetter at behandling til et nytt formål skal tilfredsstille kravene etter lovens § 8 og § 9, det vil si at det skal foreligge samtykke, lovhjemmel eller nødvendig grunn”.¹⁴⁷

Ut fra det bevisbildet som var presentert uttalte lagmannsretten at det er ”overveiende sannsynlig at dette kontrollformålet må ha framstått som uventet og lite forutberegnelig for de ansatte”. Lagmannsretten fant det ikke sannsynliggjort at det forelå samtykke og fastslo, som tingretten, at det nye kontrollformålet var uforenlig med det opprinnelige formålet. Som det fremgår av redegjørelsen i punkt 4.1.3 kunne ikke lagmannsretten i Avfallsservicesaken se at den nye behandlingen av personopplysningene kunne begrunnes i en interesseavveining i henhold til pol. § 8 bokstav f. Lagmannsretten la vekt på at tiltaket ikke var drøftet med de tillitsvalgte og at de ansatte ikke var informert slik de har krav på etter aml. § 9-2 annet ledd.¹⁴⁸ Ettersom disse bestemmelsene ikke var hensyntatt, talte det

¹⁴⁷ RG-2011-321 s. 5.

¹⁴⁸ Se punkt 2.2.

mot at den nye behandlingen av personopplysningene kunne anses rettmessig ut fra en interesseavveining etter pol. § 8 bokstav f.¹⁴⁹

Lagmannsretten konkluderte med at beviset var fremskaffet på utilbørlig måte. Med denne konklusjonen har retten streket opp grensene for arbeidsgivers styringsrett. Selv om retten tillot beviset fremlagt fordi beviset var viktig for å få et riktig resultat i saken, rokker likevel ikke dette ved det faktum at retten har konkludert med at GPS-data ikke kan brukes til annet formål enn det opprinnelige, med mindre det foreligger samtykke, jf. pol. § 11 første ledd bokstav c.¹⁵⁰

4.2.3 Bruk av innsamlede GPS-data til nye formål

Dersom arbeidsgiver ønsker å bruke innsamlede personopplysninger til formål som er uforenlig med det opprinnelige formålet, vil det i første omgang være et vilkår at det nye formålet må ha selvstendig hjemmel i et av behandlingsgrunnlagene i pol. § 8.¹⁵¹

Det forhold at opplysningene allerede er samlet inn, har ikke betydning i forhold til vurderingen av om vilkårene i pol. § 8 er oppfylt. Det er derfor ikke et selvstendig argument for å tillate ny behandling at opplysningene allerede er samlet inn. Et særskilt vilkår er at det nye formålet ikke må være uforenlig med det eller de formålene som opprinnelig lå til grunn for innsamlingen av personopplysningene. Dette vilkåret gir ifølge forarbeidene uttrykk ”for det såkalte finalitetsprinsippet og vil utgjøre en viktig begrensning bl.a. for adgangen til å bruke elektroniske spor og å samkjøre registre eller andre informasjonssamlinger[...]”.¹⁵² Til tross for at de innsamlede opplysningene er hjemlet i pol. § 8, kan kravet om forenlighet innebære at de innsamlede opplysningene

¹⁴⁹ RG-2011-321 s. 6.

¹⁵⁰ Borchgrevink (2011) s. 34.

¹⁵¹ Eventuelt pol. § 9 dersom det dreier seg om sensitive personopplysninger.

¹⁵² Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 114.

likevel ikke kan brukes for dette formålet. I så fall må arbeidsgiver samle opplysningene inn på nytt.¹⁵³

I den utstrekning gjenbruken er grunnet på et samtykke fra den registrerte, jf. pol. § 8 første ledd første alternativ eller pol. § 9 første ledd bokstav a, vil ikke forenlighetskravet ha selvstendig betydning. I de tilfeller der den registrerte først har samtykket i at opplysningene benyttes til det nye formålet, vil dette være et tilstrekkelig grunnlag for å behandle opplysningene. Det vil i slike tilfeller være uhensiktsmessig å kreve at den behandlingsansvarlige skal måtte innhente opplysningene på nytt.¹⁵⁴ Her er det likevel grunn til å minne om problematikken i forhold til samtykke som behandlingsgrunnlag på arbeidsrettens område, se punkt 4.1.1.

Det er imidlertid ikke slik at all ny bruk er uforenlig med det opprinnelige formålet. Dersom den nye bruken er forenlig med det opprinnelige formålet er det klart at arbeidsgiver kan behandle personopplysningene også til dette formålet. Forarbeidene nevner at dersom det nye formålet står i en nær og naturlig sammenheng med den behandlingsansvarliges virksomhet, vil det normalt ikke innebære uforenlig bruk av opplysningene. Det må alltid kunne vises til lovhjemmel som grunnlag for å behandle innsamlede opplysninger til et nytt formål, men det kan være grunn til å skjerpe prøvingen av hjemmelsgrunnlaget dersom formålene til de to lovhjemlene er uforenlige.¹⁵⁵

Pol. § 11 første ledd bokstav c har betydning når det fra før blir behandlet opplysninger på grunnlag av lovhjemmel eller nødvendig grunn, og den behandlingsansvarlige ønsker å behandle de innsamlede opplysningene til et nytt formål på grunnlag av nødvendig grunn. Loven stiller i slike tilfeller opp en begrensning om at opplysningene ikke kan behandles til formål som er uforenlig med det opprinnelige formålet. Avfallsservicesaken er et godt eksempel på dette. Det opprinnelige formålet med GPS-systemet var ikke i strid med

¹⁵³ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 113.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 114.

¹⁵⁵ Rettsdata.no, kommentar til pol. § 11 første ledd bokstav c.

interesseavveiningen etter pol. § 8 bokstav f, men det nye formålet, som var uforenlig med det opprinnelige, kunne ifølge lagmannsretten ikke begrunnes i interesseavveiningen etter pol. § 8 bokstav f.¹⁵⁶

Dersom den opprinnelige behandlingen er basert på lovhjemmel, kan den behandlingsansvarlige ikke behandle de samme opplysningene til et nytt formål som er uforenlig med det opprinnelige, under henvisning til nødvendig grunn.¹⁵⁷ Arbeidsgiver har to valg for å kunne behandle personopplysninger dersom det nye formålet er uforenlig med det opprinnelige, og dersom det ikke foreligger lovhjemmel for behandlingen. Enten kan arbeidsgiver prøve å innhente samtykke¹⁵⁸ fra arbeidstakeren om den nye bruken, eller så kan arbeidsgiveren samle inn personopplysningene på nytt.¹⁵⁹ I Avfallsservicesaken anførte lagmannsretten det siste alternativet her som en mulighet. Lagmannsretten bemerket at det ikke kunne utelukkes at tiltaket ville blitt vurdert som rettmessig dersom drøftings- og informasjonsplikten hadde blitt ivaretatt. Videre uttalte lagmannsretten:

”Selv om føring av beviset kan oppleves som belastende for arbeidstaker, er krenkelsen ikke mer alvorlig enn at opplysningene sannsynligvis kunne vært lovlig ervervet i henhold til personopplysningsloven dersom B AS hadde innledet en prosess for et nytt og fremtidig kontrolltiltak[...]”.¹⁶⁰

Lagmannsretten sikter her til de prosessuelle bestemmelsene i aml. § 9-2 som en mulig fremgangsmåte for rettmessig behandling.¹⁶¹ I forhold til samtykke uttalte lagmannsretten

¹⁵⁶ RG-2011-321 s. 5-6.

¹⁵⁷ Rettsdata.no, kommentar til pol. § 11 første ledd bokstav c.

¹⁵⁸ Se punkt 4.2.1.

¹⁵⁹ Rettsdata.no, kommentar til pol. § 11 første ledd bokstav c.

¹⁶⁰ RG-2011-321 s. 6.

¹⁶¹ Se fremstillingen i punkt 2.2.

at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at samtykke er gitt. Det foreliggende bevisbildet i saken gav ikke grunnlag for å se at denne bevisbyrden var oppfylt.¹⁶²

Datatilsynet fremhevet tilsvarende at arbeidstakernes interesse kan bli ivaretatt dersom virksomheten innleder en prosess for et nytt og fremtidig kontrolltiltak. Dersom virksomheten advarer eller informerer de ansatte om at virksomheten ved konkret mistanke om illojalitet vil kunne sammenstille data fra GPS-systemet med timelister, vil interesseavveiningen etter pol. § 8 bokstav f kunne oppfylles. En slik fremgangsmåte vil ifølge Datatilsynet gjøre senere sammenstillinger av personopplysninger mindre inngripende ettersom den ansatte da har forutberegnelighet på hva arbeidsgiver kan komme til å foreta seg.¹⁶³

4.3 Forholdet mellom interesseavveiningen etter aml. og pol.

Aml. § 9-1 første ledd angir de materielle vilkårene som må være oppfylt for at arbeidsgiver skal kunne iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstakerne, mens det fremgår av aml. § 9-1 annet ledd at personopplysningsloven kommer til anvendelse når kontrolltiltaket har ført til opplysninger som arbeidsgiver skal behandle. Bestemmelsens ordlyd sier ikke noe om forholdet mellom vilkårene i aml. § 9-1 og vilkårene i pol.. Ettersom pol. regulerer personvernsspørsmål generelt uavhengig av rettsområde sier heller ikke pol. noe om forholdet til vilkårene i aml. § 9-1. Dermed må forholdet mellom de to lovene søkes i andre rettskilder.

Temaet kontroll og overvåking i arbeidslivet reiser to hovedproblemstillinger som hver for seg berører forskjellige spørsmål, men som innbyrdes likevel har en nær indre sammenheng. Den ene problemstillingen har tradisjonelt vært ansett som et rent arbeidsrettslig spørsmål hvor vurderingstemaet har vært i hvilken grad en arbeidsgiver kan iverksette kontrolltiltak og overvåkingstiltak overfor arbeidstakerne. Den andre problemstillingen er personvernrettslig, hvor vurderingstemaet er adgangen til å behandle

¹⁶² RG-2011-321 s. 5.

¹⁶³ PVN-2011-04 s. 5.

personopplysninger som fremkommer som resultat av kontrolltiltak.¹⁶⁴ Den nære sammenhengen viser seg blant annet ved at de overordnede personvern hensyn som ligger til grunn for pol. også er sentrale elementer i vurderingen av spørsmålet om selve kontrolltiltakets lovlighet. Videre viser den nære sammenhengen seg ved at begge lovene legger opp til en bred skjønnsmessig avveining der behovet for å gjennomføre kontrolltiltaket avveies mot eventuelle ulemper personene som kontrolltiltaket går ut over.¹⁶⁵

Interesseavveiningen som skal foretas etter pol. for å avgjøre hvorvidt det er adgang til å behandle personopplysninger som utledes av et kontrolltiltak følger av pol. § 8 bokstav a, b og f, samt § 9 bokstav f. Bestemmelsene åpner for behandling av personopplysninger i forbindelse med kontrolltiltak hvis behandlingen er nødvendig for å oppfylle en avtale, jf. bokstav a. Eller dersom arbeidsgiver skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse, jf. bokstav b. Og etter pol. § bokstav f er vilkåret at behandlingen skal ivareta en berettiget interesse og hensynet til arbeidstakerens personvern ikke overstiger denne interessen. Etter pol. § 9 bokstav f er vilkåret at behandlingen er nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne gjennomføre sine arbeidsrettslige plikter eller rettigheter. Bestemmelsene må ses i lys av pol. § 11 som pålegger arbeidsgiver å overholde visse grunnkrav ved behandling av personopplysninger. Av dette kan det utledes at pol. oppstiller krav til både saklighet og forholdsmessighet. Forarbeidene fremhever at dette er vilkår som i høy grad må antas å korrespondere med de eksisterende ulovfestede regler om kontrolltiltak i arbeidslivet, og mye taler derfor for at pol. på arbeidslivets område må tolkes i lys av de arbeidsrettslige regler. Videre fremgår det av forarbeidene at den ulovfestede arbeidsrettslige vurderingen av saklighet og forholdsmessighet sikter på å ivareta de sentrale personvern hensyn. Forarbeidene påpeker at saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen antakelig vil være sammenfallende etter både de arbeidsrettslige prinsipper og i forhold til pol..¹⁶⁶

¹⁶⁴ Arbeidsrett.no, Innledning til aml. kapittel 9: Kontrolltiltak i virksomhet.

¹⁶⁵ NOU 2004:5 s. 407.

¹⁶⁶ NOU 2004:5 s. 422-423.

I Avfallsservicesaken¹⁶⁷ drøfter lagmannsretten sammenhengen mellom personopplysningslovens saklighetskrav og arbeidsmiljølovens saklighetskrav, og lagmannsretten uttalte i denne sammenheng at retten ikke kunne se "[...] at den nye behandlingen av personopplysningene kan begrunnes i en interesseavveining i henhold til personopplysningsloven § 8 bokstav f). Lagmannsretten har da særlig sett hen til sammenhengen med arbeidsmiljøloven, hvoretter arbeidsgiver bare kan iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren, jf. arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd".¹⁶⁸ Det at lagmannsretten foretar en sammenfallende drøftelse av interesseavveiningen av de to regelsettene er dermed et godt eksempel på at saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen etter både aml. og pol. vil være sammenfallende. Videre gav lagmannsretten en presis beskrivelse av de to lovenes virkeområde i forhold til kontrolltiltak i arbeidsforhold ved å presisere at "Dersom et kontrolltiltak i arbeidsforhold, som her, omfattes av personopplysningsloven, omfattes det også av arbeidsmiljøloven. Hvorvidt et kontrolltiltak kan iverksettes reguleres av arbeidsmiljøloven, mens personopplysningsloven regulerer hvorvidt opplysningene kan behandles".¹⁶⁹

Et annet eksempel fra rettspraksis som drøfter saklighetskravet etter begge lovene er Lb-2007-121782 (Billakkererdommen). Denne dommen er et eksempel fra rettspraksis der interesseavveiningen etter de to lovene slår forskjellig ut idet kontrolltiltaket var lovlig etter aml. § 9-1, samtidig som behandlingen av personopplysningene var i strid med vilkårene i pol. § 8.¹⁷⁰ Tvisten i oppsigelsessaken var om arbeidstakeren hadde fått utbetalt for mye lønn for tid der arbeidstakeren angivelig ikke hadde vært til stede. For å bevise hvilke dager arbeidstakeren hadde vært på jobb engasjerte arbeidsgiveren et datasikringsselskap som skulle finne ut hvilke tidspunkter arbeidstakeren hadde vært logget på PCen ved å analysere tidsstempling i forbindelse med lagring i filsystemet. Etter å først å ha vurdert

¹⁶⁷ Se fremstillingen i punkt 1.1.

¹⁶⁸ RG-2011-321 s. 6.

¹⁶⁹ RG-2011-321 s. 6.

¹⁷⁰ Borchgrevink (2011) s. 72.

kontrolltiltaket lovlig etter aml. § 9-1 gikk lagmannsretten over på spørsmålet om behandlingen av logginformasjonen var skjedd i strid med personopplysningslovens regler. Lagmannsretten tok utgangspunkt i aml. § 9-1 annet ledd, jf. pol. § 8 bokstav f. Lagmannsretten uttalte at ”adgangen til å gjennomføre kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven § 9-1, og behandling av opplysningene etter pol. § 8 bokstav f, vil ofte langt på vei bli sammenfallende, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146”. Etter en samlet vurdering kom lagmannsretten til at vilkårene i pol. § 8 bokstav f ikke var overholdt. Det ble særlig lagt vekt på at bruken av opplysningene ikke var egnet til å trekke konklusjoner om når arbeidstakeren hadde vært på jobb, at det var fremsatt overdrevne påstander om uberettiget fravær, og dette ble forsterket gjennom bruk av en spørreundersøkelse om den konkrete arbeidstakeren som ble sendt til de ansatte i bedriften.¹⁷¹ Dommen viser at vurderingen av adgangen til å gjennomføre kontrolltiltak etter aml. og behandling av personopplysninger etter pol. i utgangspunktet er sammenfallende. Men dommen er også et eksempel på at utfallet kan bli forskjellig etter de to lovene.

Departementet uttalte i forarbeidene at det deler utvalgets oppfatning om at det er mye som taler for at de arbeidsrettslige regler og personopplysningslovens vilkår vil kunne fortolkes og praktiseres i lys av hverandre. Departementet fremhevet at de arbeidsrettslige prinsipper, som foreslås kodifisert, langt på vei må sies å inneholde de samme personvernnormer som pol. bygger på. Dette gjelder særlig bestemmelsen i pol. § 8 bokstav f.¹⁷² Den forståelse som her er fremhevet, nemlig at personopplysningslovens regler vanligvis vil være oppfylt dersom vilkårene i aml. § 9-1 er oppfylt, ble kritisert av Datatilsynet. I høringsuttalelsen uttalte Datatilsynet at ”[det er] stor forskjell på en vurdering av om et tiltak kan begrunnes saklig og spørsmålet om arbeidsgiver har behandlingsgrunnlag med hensyn til personopplysningene”.¹⁷³ Datatilsynet fremholdt i sitt hørings svar at det skaper forvirring når Arbeidslivslovutvalget fremholder at oppfyllelse av kravene i den foreslåtte bestemmelsen vil kunne ses som gjennomføring av den interesseavveining som følger av

¹⁷¹ LB-2007-121782

¹⁷² Ot.prp. nr. 49. (2004-2005) s. 145-146.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 49. (2004-2005) s. 146.

pol. § 8 bokstav f. Samtidig understrekte Datatilsynet at det ikke vil være slik at enhver saklig grunn arbeidsgiver måtte ha vil ha en slik vekt at det overstiger den registrertes personvern”.¹⁷⁴

Departementet var enig med Datatilsynet i at det ikke vil være slik at enhver saklig grunn arbeidsgiver måtte ha vil ha en slik vekt at det overstiger den registrertes personvern, men Departementet påpekte at forslaget også stiller krav om forholdsmessighet. Videre fremhevet Departementet at forslaget til kodifisering av gjeldende ulovfestet rett om arbeidsgivers kontrolladgang innebærer at det i loven fastsettes krav til både tilstrekkelig saklig grunn for kontrolltiltaket og til at tiltaket ikke må virke uforholdsmessig inngripende overfor de ansatte i forhold til de formål som kontrollen skal ivareta. Departementet mente derfor at mye taler for at vilkårene etter pol. § 8 bokstav f for å behandle opplysninger om arbeidstakerne i samband med kontrolltiltak vanligvis vil være oppfylt dersom lovvilklårene for å gjennomføre selve kontrollen er til stede. Vilklåret om saklig grunn vil normalt føre til at personopplysningslovens vilkår om berettiget interesse vil være oppfylt, mens vilklåret om forholdsmessighet i alminnelighet vil ivareta arbeidstakers personvern i vurderingen mot arbeidsgivers berettigede interesse.¹⁷⁵

Et forhold som ifølge departementet særlig vil kunne skape usikkerhet i praksis er hvorvidt nødvendighetskriteriet i pol. § 8 vil være oppfylt. Svaret på dette vil ifølge Departementet avhenge mye av hva slags tilnærming tilsynsmyndighetene og domstolene vil legge seg på. Nødvendighetsvurderingen som skal foretas etter pol. § 8 vil i mange tilfeller måtte bero på om det saklige formålet kan ivaretas på andre eller mindre inngripende måter enn ved kontrolltiltak. Videre vil det være av betydning om den samtidige eller etterfølgende behandling av de opplysninger som kontrolltiltaket resulterer i, er nødvendig for en forsvarlig gjennomføring av kontrolltiltaket, herunder en forsvarlig ivaretagelse av de ansattes rettssikkerhet i forbindelse med kontrollen. Departementet fremhevet at reelle hensyn, herunder hensynet til en forsvarlig saksbehandling, taler for at det i utgangspunktet

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 49. (2004-2005) s. 146.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

bør foreligge behandlingsadgang etter personopplysningslovens regler dersom lovvilkårene for rettmessige kontrolltiltak er oppfylt. Departementet påpekte imidlertid at det ikke kunne tas for gitt at vurderingen etter den arbeidsrettslige regel og etter personopplysningsloven vil være sammenfallende, og derfor ville det ikke være hensiktsmessig å fremme et forslag om å uttrykkelig lovfeste at det skal være behandlingsadgang etter pol. når det foreligger et lovlig kontrolltiltak etter aml..¹⁷⁶

I forarbeidene fremgår det at kontrolladgangen må anses som en arbeidsrettslig rettighet for arbeidsgiver dersom vilkårene for å foreta kontroll er oppfylt. En forsvarlig gjennomføring av kontrolltiltaket vil normalt forutsette at arbeidsgiver gis anledning til å behandle de opplysninger som fremkommer i forbindelse med kontrollen,¹⁷⁷ og mange kontrolltiltak ville vært formålsløse om det ikke var adgang til å behandle de personopplysninger som fremkom gjennom kontrolltiltaket.¹⁷⁸ Ved for eksempel kontroll av resultatmål, arbeidsprestasjoner og ved undersøkelser i forbindelse med mistanke om illojalitet og mislighold, er det ofte avgjørende at opplysningene blir behandlet på en måte som innebærer at de kan gjøres tilgjengelige for, og kan etterprøves og imøtegås av arbeidstakerne. Dette følger av alminnelig krav til forsvarlig saksbehandling, og det er vanskelig å tenke seg at en slik behandling skal kunne gjennomføres uten at det finner sted en eller annen form for behandling som kommer inn under personopplysningslovens virkeområde.¹⁷⁹

I Borchgrevinks analyse av lagmannsrettens kjennelse i Avfallsservicesaken og Billakkererdommen uttaler hun at Billakkerdommen ikke harmoniserer godt med forarbeidenes uttalelse om at saklighetsvurderingen etter aml. § 9-1 og etter pol. § 8 bokstav f langt på vei er sammenfallende. Videre uttaler Borchgrevink at ”Ut fra dommens premisser kan det se ut til at retten først har vurdert selve kontrolltiltaket isolert og funnet

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹⁷⁸ NOU 2004:5 s. 407.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146-147.

det lovlig, og deretter vurdert de personvernrettslige sidene ved bruken av personopplysningene”. Borchgrevink uttaler videre at saken er spesiell, og at ”det ikke kan utelukkes at denne saken er det unntaket som bekrefter hovedregelen som forarbeidene beskriver for forholdet mellom saklighetskravet i disse to regelsettene”. Borchgrevink mener at lagmannsretten i Avfallsservicesaken gir en bedre drøfting av forholdet mellom de materielle vilkårene i aml. og pol.¹⁸⁰

Forholdet mellom interesseavveiningen etter aml. § 9-1 og interesseavveiningen etter pol. kan beskrives som to forskjellige påbud som begge må vurderes, selv om vurderingen blir mer eller mindre lik. Utgangspunktet synes å være at det foretas en sammenfallende drøftelse, men at interesseavveiningen etter forholdene kan tenkes å slå forskjellig ut. Normaltilfelle kan dermed sies å være at aml. § 9-1 sitt krav om saklig grunn som regel vil føre til at personopplysningslovens vilkår om berettiget interesse vil være oppfylt, mens vilkåret om forholdsmessighet normalt vil innebære at personvern hensynet er ivaretatt etter pol.. Dette harmoniserer med Avfallsservicesaken der lagmannsretten foretok en sammenfallende drøftelse av interesseavveiningen etter henholdsvis aml. § 9-1 og pol. § 8 bokstav f. Selv om lagmannsretten i Billakkererdommen ikke foretok en sammenfallende drøftelse, så tok lagmannsretten utgangspunkt i at vurderingen av adgangen til å gjennomføre kontrolltiltaket etter aml. § 9-1, og behandlingen av opplysningene etter pol. § 8 bokstav f ofte vil være sammenfallende.

4.4 Oppsummering

For at arbeidsgiver skal kunne behandle personopplysninger i forbindelse med GPS-overvåkning må arbeidsgiver for det første påberope et av de tre alternative behandlingsgrunnlagene som fremgår av pol. § 8. I redegjørelsen av vilkårene for å behandle personopplysninger har jeg lagt størst vekt på nødvendighetsgrunnlaget i pol. § 8 bokstav f. Årsaken til dette er fordi dette behandlingsgrunnlaget synes å være det mest relevante i forhold til avhandlingens problemstilling. Bestemmelsen gir anvisning på en

¹⁸⁰ Borchgrevink (2011) s. 72-73.

interesseavveining som hovedsakelig vil sammenfalle med interesseavveiningen etter aml. § 9-1. I punkt 4.3 er det redegjort for forholdet mellom de to regelsettene.

Videre er det redegjort for grunnkravene til behandling av personopplysninger. Rettslig utgangspunkt er pol. § 11 som oppstiller kumulative vilkår som arbeidsgiver må oppfylle. Jeg har lagt størst vekt på kravet om ikke å bruke innsamlede opplysninger til andre uforenlige formål enn det opprinnelige formålet. Grunnen til dette er at det er et sentralt vilkår i forhold til avhandlingens problemstilling, noe som også Avfallsservicesaken viser. Det er også redegjort for arbeidsgivers muligheter for lovlig å bruke allerede innsamlede opplysninger til et nytt formål. I kapittel 5 skal jeg gi noen synspunkter på gjeldende rett og forslag på tiltak til forbedring.

5 Avslutning

I kapittel 3 har jeg redegjort for saklighets- og forholdsmessighetsvilkåret som må oppfylles for at GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere skal anses lovlig. I kapittel 4 har jeg redegjort for vilkårene som må oppfylles for at arbeidsgiver skal kunne behandle de personopplysninger som har fremkommet av GPS-overvåkingen. De sentrale bestemmelsene jeg har redegjort for gir anvisning på interesseavveininger. I punkt 5.1 vil jeg gi noen personlige synspunkter på gjeldende rett. I punkt 5.2 vil jeg foreslå noen tiltak som kan bedre partenes interesser og behov. Til slutt, i punkt 5.3, oppsummerer jeg avhandlingen og trekker noen konklusjoner.

5.1 Synspunkter på gjeldende rett

5.1.1 Ivaretar dagens regelverk i tilstrekkelig grad arbeidstakers og arbeidsgivers interesser ved implementering av kontrolltiltak?

Den teknologiske utviklingen medfører at GPS-systemer stadig utvikles og forbedres. I dag innebærer GPS langt mer enn et hjelpemiddel i bilen for å finne ønsket lokasjon. Foruten flåtestyring,¹⁸¹ kan GPS-applikasjoner¹⁸² på smarttelefoner nevnes. GPS-applikasjonen innebærer at applikasjonen til enhver tid laster opp brukerens GPS-koordinater til en server, mens andre kan se koordinatene plassert i et kart.¹⁸³ Videre kan GPS-systemer brukes til å overvåke demente¹⁸⁴ og barnehagebarn.¹⁸⁵ Mer kunne nevnes, men poenget er å fremheve overvåkningspotensialet som ligger i GPS-teknologien. Formålet med denne overvåkingen vil ofte være saklig og forholdsmessig. De fleste er nok også enige i at den

¹⁸¹ Se fotnote 66.

¹⁸² Se fotnote 109.

¹⁸³ Artikkel “ÉN av fem lar seg overvåke”.

¹⁸⁴ Artikkel “Sporer demente med GPS”.

¹⁸⁵ Artikkel “Vil GPS-merke barnehagebarn”.

teknologiske utviklingen har medført og vil medføre at hverdagen og arbeidslivet blir enklere og mer komfortabelt på grunn av de teknologiske hjelpemidlene som finnes. I tillegg blir effektivitets-, økonomi-, miljø- og sikkerhetshensyn stadig forbedret på grunn av den teknologiske utviklingen, noe både arbeidsgivere og arbeidstakere har glede av. Teknologien vil derimot også kunne misbrukes. I en oppsigelsessak vil fristelsen for arbeidsgiver være stor til å bruke de opplysninger som GPS-teknologien gir. Ettersom GPS-teknologien stadig utvikles, vil dette kunne innebære at arbeidsgiver vil kunne få mulighet til å overvåke arbeidstakerne på en mer inngripende måte. Spørsmålet er derfor hvorvidt dagens bestemmelser i tilstrekkelig grad er tilpasset nye utfordringer.

Etter min mening har dagens bestemmelser det materielle innholdet som er nødvendig for å ivareta partenes interesser ettersom lovgiverteknikken med skjønnsmessige bestemmelser gir bestemmelsene den dynamiske funksjon som er nødvendig for å møte ny teknologi og nye utfordringer. Det er den til enhver tid gjeldende norm som blir utgangspunkt i interesseavveiningen. GPS-overvåkning kan stå som et eksempel på bestemmelsenes tilpasningsdyktighet. I dag anses kanskje GPS-overvåkning som saklig og forholdsmessig. I fremtiden vil GPS-overvåkning kunne bli ansett som uforholdsmessig etter de samme bestemmelsene ettersom den teknologiske utviklingen har medført at GPS-teknologien gir arbeidsgiver tilgang på detaljert informasjon som vil gå uforholdsmessig ut over personvernet. Det er i tillegg vanskelig å finne en bedre lovgiverteknikk ettersom det neppe ville vært mulig å gi en uttømmende bestemmelse som ivaretar alle hensyn. Den standard Høyesterett har satt i Avfallsservicesaken¹⁸⁶ i forhold til hvor krenkende GPS-overvåkning skal anses, er derfor trolig ikke fastsatt en gang for alle.

5.1.2 Er arbeidstakers personvern godt nok ivaretatt?

I Avfallsservicesaken var det enighet mellom domstolene, Datatilsynet og Personvernneemnda om at GPS-overvåkningen var blitt brukt til et nytt uforenlig formål, og at GPS-overvåkningen dermed var ulovlig. Utgangspunktet er dermed at GPS-data ikke kan brukes til annet formål enn det opprinnelige.

¹⁸⁶ Se gjennomgangen i punkt 1.1.

Det forhold at Høyesterett forkastet anken om å avskjære beviset i Avfallsservicesaken er et sivilprosessuelt spørsmål som vil gå utenfor rammene av denne avhandlingen å redegjøre nærmere for. Det som det imidlertid kan sies noe om er domstolenes syn på hvor inngripende GPS-overvåkningen var. Ved å forkaste anken var Høyesterett enig i lagmannsrettens synspunkt om at graden av krenkelse var begrenset. GPS-overvåkning ble ansett som et tradisjonelt kontrolltiltak som ikke medførte et betydelig inngrep i sentrale rettsgoder.¹⁸⁷

Ved å tillate å føre beviset setter Høyesterett en standard som etter min mening medfører at hensikten med lovbestemmelsene i aml. og pol. mister mye av sin betydning. Det kan dermed stilles spørsmål ved hva som er poenget med bestemmelsene i aml. og pol. når domstolene ikke synes å tillegge dem vekt. I tidligere saker for Høyesterett der spørsmålet om bevisavskjæring har vært tema, er det flere eksempler på at Høyesterett har nektet beviset ført. Her kan Rt. 1991 s. 616 nevnes som eksempel. Saken gjaldt skjult kameraovervåkning på arbeidsplass rettet mot arbeidstaker som var mistenkt for underslag. Høyesterett uttalte i denne sammenhengen at "[...] fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkel ulovlig ervervet bevis".¹⁸⁸ Også i Avfallsservicesaken kunne Høyesterett avskjært beviset. Spørsmålet var ikke om beviset var ervervet på utilbørlig måte, dette var det enighet om, men spørsmålet var hvor inngripende bruddet var.

Det er på det rene at man kan inndeले kontrolltiltak i en skala fra lite til sterkt inngripende, og jeg er enig i at skjult videoovervåkning er mer personverninngripende enn GPS-overvåkning. Selv om det er mange kontrolltiltak som er mer inngripende enn GPS-overvåkning, mener jeg likevel at gode grunner taler for at Høyesterett kunne vektet hensynene annerledes i Avfallsservicesaken. Dersom Høyesterett hadde nektet beviset ført,

¹⁸⁷ RG-2011-321 s. 7.

¹⁸⁸ Rt. 1991 s. 616.

ville det bygget opp om bestemmelsene og gitt de den autoritet som er nødvendig for å fylle sin funksjon. Videre ville et slikt resultat hindret spekulasjon og usikkerhet. Vel hadde arbeidsgiver en berettiget interesse i å fremlegge beviset for retten, men det konkrete behovet kunne arbeidsgiver ivaretatt på andre måter. Selv om alternative muligheter ikke ville vært like effektive og enkle som å fremlegge det ulovlig ervervede bevis, ville arbeidsgiver kunne ivaretatt sitt behov på andre mindre inngripende måter. Datatilsynet nevnte som eksempel at arbeidsgiver kunne ha kalt inn til et møte med samtlige ansatte der det ble innledet en prosess for et nytt og fremtidig kontrolltiltak.¹⁸⁹

Bestemmelsene i aml. og pol. er utformet i det spenningsfeltet at de både skal regulere hva som må til for å kunne iverksette et kontrolltiltak og behandle opplysningene, samtidig som bestemmelsene har til hensikt å ivareta arbeidstakernes rettigheter og personvern. Slik bestemmelsene nå blir håndhevet kan det sies at det ligger til rette for arbeidsgiver å spekulere i å overvåke ansatte ulovlig, for så å bruke det som bevis i eventuelle senere rettssaker uten særlige konsekvenser. Når arbeidsgiver har muligheten til å bruke den informasjon som er tilgjengelig, vil også fristelsen være stor for å misbruke systemet. Personvernkommisjonen fremhevet i sin innstilling i 2009 at man vil få et kvalitativt annet samfunn dersom man alltid skal benytte de muligheter som ligger i tilgjengelig teknologi. Videre fremhevet kommisjonen at nye former for kontroll og overvåkning antas å utfordre etablerte idealer i norsk næringsliv, slik som likevekt mellom partene, høy grad av tillit mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, medbestemmelse, ansvarliggjøring, personlig frihet og utfoldelse.¹⁹⁰ I debatten som har gått i media i tiden etter Avfallsservicesaken uttalte fagforbundet at arbeidstakere må legge til grunn at ”alt som kan spores til deg vil bli brukt mot deg”.¹⁹¹ Dersom fagforbundets advarsel blir tatt til følge vil personvernkommisjonens advarsel fra 2009 kunne bli reell.

¹⁸⁹ PVN 2011-04 s. 5.

¹⁹⁰ Fafo-rapport, 2010 s. 13, med videre henvisning til NOU 2009:1.

¹⁹¹ Artikkel ”Overvåkningskrig på jobben”.

Konsekvensene for arbeidsgiver av å bryte bestemmelsene i aml. § 9-1 og pol. §§ 8 og 11 synes i dag å være veldig små, i alle fall når det er tale om andre kontrolltiltak enn skjult kameraovervåkning. Ovenfor har jeg argumenter for at domstolene burde vektet hensynene annerledes enn hva tilfelle var i Avfallsservicesaken. Jeg mener imidlertid at det er en annen årsak som er vel så viktig til at konsekvensene for arbeidsgiverne av å bryte bestemmelsene er så små. Nemlig Datatilsynets passivitet i forhold til å ilegge overtredelsesgebyr,¹⁹² noe jeg mener tilsynet burde gjort i denne saken. Datatilsynet gjorde ikke annet enn å kritisere lagmannsretten, samt uttale at tilsynet vil vurdere å ilegge overtredelsesgebyr i fremtidige lignende saker”.¹⁹³ Datatilsynets passivitet på dette området er etter min mening en av hovedgrunnene til at konsekvensene for arbeidsgiver av å bryte bestemmelsene som skal vareta arbeidstakernes personvern er så små som de er i dag. Mangelen på konsekvenser av å bryte reglene medfører dermed en fare for at arbeidsgiver ikke vil bry seg om bestemmelsene i aml. og pol.. Arbeidstakernes personvern synes derfor å være svekket.

5.2 Forslag til tiltak som kan bedre partenes interesser og behov

5.2.1 Samle bestemmelsene i én lov

I mange tilfeller har arbeidsgiver et berettiget behov for å gjennomføre ulike kontrolltiltak for å avdekke illojal opptreden fra arbeidstakere. Ettersom det nesten ikke har noen konsekvenser for arbeidsgiver å bryte reglene, kan det hevdes at arbeidsgiver er godt nok ivaretatt gjennom dagens bestemmelser. Dersom arbeidsgiver ønsker å følge bestemmelsene, vil det imidlertid kunne oppstå en interessekonflikt dersom arbeidsgiver samtidig har et behov for å avdekke misligheter. Selv om arbeidsgiver har mulighet til å iverksette ulike kontrolltiltak, kan det være et problem at de skjønnsmessige bestemmelsene er lite forutsigbare. Ettersom avveiningene skal foretas konkret i hvert enkelt tilfelle, innebærer dette at det kan være vanskelig med sikkerhet å si hvorvidt et kontrolltiltak anses som lovlig eller ikke.

¹⁹² Etter pol. § 46 har Datatilsynet kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr (bot).

¹⁹³ PVN 2011-04 s. 5.

Et tiltak som kan være aktuelt er å samle arbeidstakernes rettigheter og personvern i en ny arbeidsmiljølov. I Finland er det en egen lov om integritetsvern i arbeidslivet. Loven er en supplerende særlov i forhold til personopplysningsloven og går foran denne i tilfelle motstrid mellom regelen.¹⁹⁴ I Sverige har det blitt utredet et forslag om en lov om ”integritetsskydd i arbeidslivet”.¹⁹⁵ Borchgrevink påpeker at regelverket i Norge er lite oversiktlig og at kunnskap om regelverket er avgjørende for om reglene blir fulgt i praksis. Borchgrevink argumenterer for at ”En samling av reglene om personvern i arbeidslivet vil kunne gjøre det enklere for arbeidsgivere å opptre rettmessig. Samtidig som det vil styrke personvernet både for arbeidstakere og arbeidssøkere”. Borchgrevink mener derfor at det bør vurderes å samle alle regler om personvern i arbeidslivet.¹⁹⁶

En måte å gjennomføre en slik samling av regelverket er å innta et nytt kapittel 9 i aml. som også regulerer arbeidstakernes personvern. Fordeler med en arbeidsmiljølov som også regulerer arbeidstakernes personvern er flere. For det første er arbeidsmiljølovens regler forholdsvis godt kjent, mens færre kjenner til personvernlovgivningens bestemmelser. For det andre vil én bestemmelse som regulerer både adgangen til å iverksette kontrolltiltak og som tar for seg personvernshensynet, kunne føre til at det blir enklere å se helheten i de skjønsmessige vurderinger som skal foretas. I forhold til arbeidsgivers behov for forutsigbarhet kunne en ny lov også lovfestet adgangen til å gjennomføre kontrolltiltak ved mistanke om straffbare forhold. En klarere lovbestemmelse som angir hva som kreves for å iverksette kontrolltiltak dersom det foreligger konkret mistanke om straffbart forhold eller klar illojal opptreden vil kunne skape større forutsigbarhet. I dag foreligger det uttalelser i forarbeidene til aml. som fremhever at det skal mer til for å anse et kontrolltiltak som

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 136.

¹⁹⁵ Borchgrevink (2011) s. 97. Se også Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 137 som viser til den svenske Integritetsutredningen, SOU 2002:18.

¹⁹⁶ Borchgrevink (2011) s. 97.

usaklig og uforholdsmessig dersom det foreligger konkret mistanke om misligheter.¹⁹⁷
Gode grunner tilsier likevel å uttrykke dette klart i lovs form.

5.2.2 Større konsekvenser for arbeidsgiver ved å bryte bestemmelsene

Selv om jeg mener at dagens bestemmelser har det materielle innhold som kreves for å ivareta partenes interesser og behov, mener jeg likevel at arbeidstakerne ikke har et godt nok vern slik bestemmelsene praktiseres i dag. Et effektivt tiltak er å sørge for at det får større konsekvenser for arbeidsgiver å bryte bestemmelsene. Om risikoen for å bli ilagt store bøter ved å bryte reglene er stor, kan det medføre at arbeidsgiveren vil tenke seg om noen ganger før vilkårene i aml. og pol. blir brutt. Taket på bøtene som i dag kan pålegges er 10 ganger grunnbeløpet i Folketrygden, jf. pol. § 46. Jeg mener taket må heves betraktelig slik at det kan være rom for å ilegge millionbøter. Dette vil også kunne medføre at arbeidsgiver vil vurdere å ta i bruk mindre inngripende kontrolltiltak.

Et konkret eksempel på hvordan dette kan gjennomføres er å ta i bruk ordningen med overtredelsesgebyrer.¹⁹⁸ Dersom overtredelsesgebyrene blir hyppigere tatt i bruk og dersom bøtene blir så store at virksomheten vil merke det, vil det kunne ha en preventiv effekt. For å gjennomføre dette er det samtidig viktig å ivareta forutberegnelighetshensynet ved at det er klare kriterier både i forhold til hva som skal til for å bli ilagt bot og hvordan nivået på bøtene skal beregnes. I denne sammenheng bør det lages noen standardiserte bøter som blant annet deler virksomhetene inn i økonomiske klasser slik at en virksomhet med solid økonomi vil få en større bot enn en liten virksomhet eller virksomhet med dårlig økonomi. Disse grepene vil kunne være med på å skape en bedre balanse mellom partene. En ulempe er at forslagene ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til arbeidsgivers behov for å iverksette kontrolltiltak mot ansatte som opptrer illojalt. Dersom det blir slik at arbeidsgiver risikerer å bli ilagt store og byrdefulle bøter på grunn av brudd på aml. og pol., kan arbeidsgiver få et problem i forhold til å undersøke og avdekke hvorvidt mistanke om

¹⁹⁷ NOU 2004:5 s. 430.

¹⁹⁸ Pol. § 46 gir Datatilsynet anledning til å ilegge overtredelsesgebyr dersom lovbestemmelsene blir brutt.

misligheter. Et grep er å lovfeste arbeidsgivers rett til å foreta kontroll ved mistanke om straffbare forhold. Se punkt 5.2.1.

Et aktuelt alternativ er at politiet må ta seg av etterforskningen, noe som vil ivareta arbeidstakernes personvern på en god måte. Derimot vil dette kunne bli et lite effektivt middel på grunn av politiets arbeidsbyrde.¹⁹⁹

5.2.3 Bygge personvernet inn i teknologien

Et tiltak som kan være med på å sikre arbeidstakernes personvern, er dersom personvernet bygges inn i de teknologiske systemene. En måte å gjennomføre dette på er dersom produsentene bygger inn automatiske slettefunksjoner i produktene som selges. En automatisk slettefunksjon vil være et effektivt grep for å sikre arbeidstakernes personvern.²⁰⁰ Dersom innebygde slettefunksjoner ikke lar seg gjennomføre eller er vanskelig å gjennomføre, bør dagens bestemmelser om lagring og sletting i pol. bli fulgt opp enda tettere av Datatilsynet. Kontrollene bør intensiveres og konsekvenser av å bryte bestemmelsene bør bli større.

5.3 Oppsummering og konklusjon

Rettspraksis, forvaltningspraksis, Fafo-rapporten av 2010 om kontroll og overvåkning i arbeidslivet og debatter i det juridiske miljø og i media viser at GPS-overvåkning er et aktuelt tema.

I avhandlingen har jeg redegjort for saklighets- og forholdsmessighetsvilkåret som må oppfylles for at GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakere skal anses lovlig. I denne sammenhengen har jeg redegjort for momentene som er relevante i interesseavveiningene som skal foretas etter aml. § 9-1. Vider har jeg redegjort for GPS-overvåkningens karakter som kontrolltiltak. I tillegg til at vilkårene i aml. § 9-1 må overholdes, må arbeidsgiver

¹⁹⁹ Tiltaket nevnes i forarbeidene, se NOU 2004:5 s. 430.

²⁰⁰ Om det lar seg gjennomføre å pålegge produsenter å bygge inn automatiske slettefunksjoner er kanskje tvilsomt ettersom det vil være vanskelig å påtvinge utenlandske selskaper slike bestemmelser.

overholde kravene som oppstilles i pol. forutsatt at GPS-overvåkningen genererer personopplysninger. Pol. angir reglene for behandling av personopplysninger, og i denne avhandlingen har jeg redegjort for noen sentrale bestemmelser som må oppfylles for at arbeidsgiver skal kunne behandle personopplysningene. I personverndelen av avhandlingen har jeg redegjort for de alternative grunnlagene som arbeidsgiver kan påberope for å behandle personopplysningene som GPS-overvåkningen har gitt. Videre har jeg redegjort for grunnkravene som må oppfylles for at arbeidsgiver skal kunne behandle personopplysningene. Jeg har også redegjort for hva arbeidsgiver kan bruke innsamlede opplysninger til, og videre redegjort for forholdet mellom interesseavveiningen som skal foretas etter henholdsvis aml. og pol.. I kapittel 5 har jeg kommet med noen synspunkter på dagens regelverk. Jeg har også kommet med noen forslag som kan være med å forbedre partenes interesser og behov.

Avgjørelsen av når arbeidsgivers GPS-overvåkning rettet mot arbeidstakerne er saklig, forholdsmessig og i samsvar med personopplysningslovens regler må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle der momentene som det er redegjort for i denne avhandlingen vektet mot hverandre. Det kan dermed ikke gis en enkelt konklusjon på avhandlingens problemstilling.

Jeg mener at dagens bestemmelser i aml. og pol. i utgangspunktet har det materielle innholdet som er nødvendig for å ivareta partenes interesser på en tilstrekkelig måte. Dagens håndhevelse av bestemmelsene har imidlertid etter min mening ført til at arbeidstakernes personvern ikke blir tillagt stor nok betydning. Etter min mening bør Høyesterett i senere liknende saker som Avfallsservicesaken tillegge arbeidstakernes personvern hensyn større vekt. Selv om en slik kursendring vil kunne gå på bekostning av arbeidsgivers behov, tror jeg dette bare vil innebære en korttidseffekt idet arbeidsgiver vil ha andre og mindre inngripende metoder for å hindre illojalitet og misligheter fra arbeidstakerne. En mulighet er å følge de prosessuelle bestemmelsene i aml. § 9-2, som kan innebære at arbeidsgiver vil få en videre adgang til å kontrollere. Dersom det er tale om alvorlig straffbare handlinger utført av en arbeidstaker vil en naturlig måte å bli kvitt denne

på være å anmelde forholdet til politiet som kan fremskaffe de nødvendige bevis. Videre mener jeg at Datatilsynet bør ilegge overtredelsesgebyr av en størrelsesordning som gir den nødvendige preventive effekt. Dette vil kunne være med å gjenopprette balansen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. I tillegg vil dette kunne medføre at den norske rettstradisjonen med idealer som likevekt mellom partene, høy grad av tillit mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, medbestemmelse, ansvarliggjøring, personlig frihet og utfoldelse²⁰¹ fortsatt kan være toneangivende i det norske arbeidsliv.

²⁰¹ Fafo-rapporten, 2010 s. 13 med videre henvisning til Personvernkommisjonen sin innstilling i januar 2009 (NOU 2009:1).

6 Litteraturliste

Litteratur:

Berg Blixrud, Katrine og Ask Ottesen, Christine, *Personvern i finanssektoren*, 1. utgave 2010, 1. opplag, Gyldendal Akademisk, Oslo 2010,

Borchgrevink, Mette, *Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern, En gjennomgang av norsk rettspraksis*, CompLex nr. 5/2011

Bråten, Mona, FAFO-rapport, *Kontroll og overvåkning i arbeidslivet*, Oslo 2010

Datatilsynet, Veiledning fra Datatilsynet, *Bruk av sporingsteknologi i virksomhetens kjøretøy*, juli 2010

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001

Gisle, Jon, Andenæs, Kristian, Bernt, Jan Fridthjof, Falkanger, Thor, Gjønnnes, Arnhild Dordi, Matningsdal, Magnus og Aarbakke, Magnus, *Jusleksikon*, 2. utgave, 2. opplag, Kunnskapsforlaget, Oslo 2005,

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Damm & Søn, Oslo 2006

Melson, Nina, TFF 2001-4, *Ny lov om personopplysninger – noen arbeidsrettslige problemstillinger*, Litteratur til personopplysningsloven § 11 på Rettsdata.no

Lover:

Lov av 21. mai nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Forarbeider:

NOU 1997:19, Et bedre personvern

Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

NOU 2004:5, Arbeidslivslovutvalg, Et arbeidsliv for trygghet, innkludering og vekst

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 71 (2007-2008) (endringslov) Om lov om endring i personopplysningsloven mv. (forskriftshjemmel, overtredelsesgebyr og innkreving av tvangsmulkt)

Forskrifter:

Forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften), 15. des. 2000. Nr. 1265

Rettspraksis (sitert fra Lovdata):

Høyesterett

rt-1991-616 (Videoovervåkningsdommen)

rt-2000-1602 (Nøkk-dommen)

rt-2001-418 (Kårstø-dommen)

rt-2001-668 (Tippekassekjennelsen)

rt-2002-1500

rt-2004-878

rt-2008-856 (Theatercafé-dommen)

hr-2008-1563-u

hr-2008-1570-u

rt-2009-1465

hr-2011-01019-u

Lagmannsretten

rg-2007-855(Tinekjennelsen)

lb-2007-121782

rg-2011-321 (Avfallsservice)

Tingretten

rg-1993-77

tnher-2010-144876-1 (Avfallsservice)

Personvernemnda

PVN 2005-10

PVN-2011-04 (Avfallsservice)

Internasjonale dommer

Den europeiske menneskerettsdomstol i Strasbourg, EMD, Niemietz v. Tyskland, A 251-B (1992)

Den europeiske menneskerettsdomstol i Strasbourg, EMD, Copland v. United Kingdom, 2007 04 03

Den europeiske menneskerettsdomstol i Strasbourg, EMD, Uzun v. Tyskland, EMDN-2005-35623

Traktater

EMK Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950

Europarådskonvensjon nr. 108 om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger

Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger, EUs personverndirektiv

Den internasjonale arbeidsorganisasjonen, ILOs Code of Conduct (ILO)

Tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO (2002 - 2005) om kontrolltiltak i bedriften

Internettider og elektroniske dokumenter

www.arbeidsrett.no

www.lovdata.no

www.rechtsdata.no

www.ntnu.no, <http://www.ntnu.no/bat/gm/galileo> [Sisert 30.09.2011]

www.ntnu.no, <http://www.ntnu.no/bat/gm/gps> [Sisert 30.09.2011]

www.datatilsynet.no, http://datatilsynet.no/templates/article_845.aspx, Plukter, Retting og sletting av personopplysninger [Sisert 10.10.2011]

www.barnehage.no, *Vil GPS-merke barnehagebarn*, 22.09.2011 [Sisert 18.10.2011]

Artikkel

Arbeidsrett 2010, nr. 01-02 av Tarjei Thorkildsen og Tonje H. Drevland, *Arbeidsgivers styringsrett - en "restkompetanse"*? [Sisert 20.11.2011]

Vårt Land, Artikkel av Sigbjørn Kiserud, *Én av fem lar seg overvåke* [12.11.2011]

www.dn.no, Artikkel av Iren Kristiansen *Overvåkningskrig på jobben* [Sisert 13.07.2011]

www.datatilsynet.no, Nyhetsarkiv, *Hva vet mobilappen om deg?* [Sisert 16.09.2011]

www.idg.no/computerworld, *Sporer demente med GPS* [Sisert 5.10.2011]